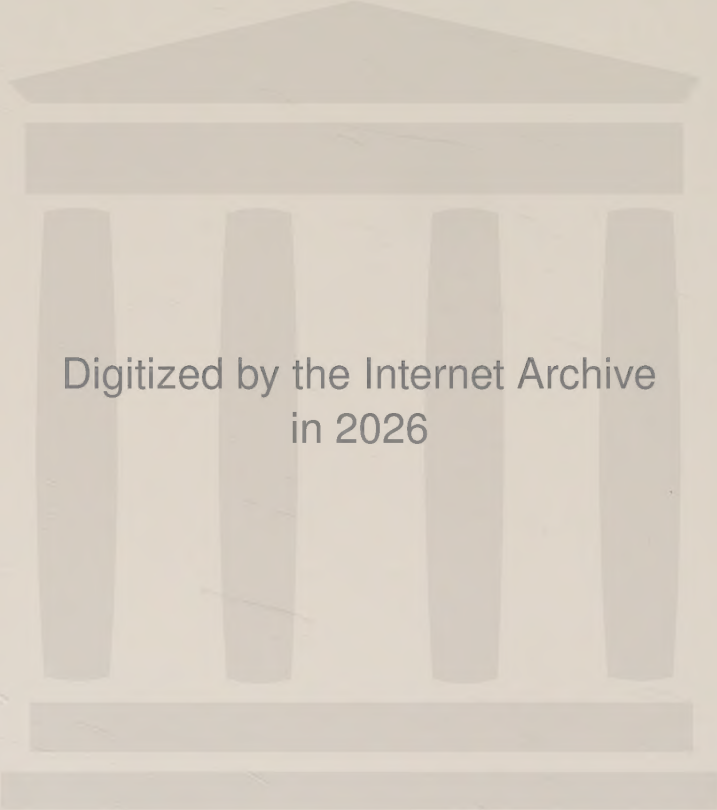


Klaus Heveling

Der Einfluß
güterrechtlicher Verwaltungsbeschränkungen
auf das Recht der OHG

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555427_0005

Der Einfluß güterrechtlicher Verwaltungsbeschränkungen
auf das Recht der OHG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von
Klaus Heveling
aus Mönchengladbach

Erster Berichterstatter: Prof.Dr. Westermann

Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr. Reinicke

Dekan: Prof.Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juni 1969



Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
<u>§ 1: Einleitung</u>	1
I. Die Problemstellung	1
II. Das Gesellschaftsverhältnis als Sonderrechtssphäre	2
III. Verfügungsbeschränkungen und ihre Auswirkungen auf die Stellung eines OHG-Gesellschafters	3
<u>Hauptteil 1: Verwaltungsbeschränkungen in der Zugewinnsgemeinschaft und ihre Auswirkungen im Recht der OHG</u>	6
<u>§ 2: Die Verwaltungsbeschränkung der Ehegatten nach § 1365 BGB</u>	6
I. Verwaltungsbeschränkungen in der Zugewinnsgemeinschaft	6
II. Streitfragen zu § 1365	7
III. Der Vermögensbegriff in § 1365	9
1. Die verschiedenen Vermögensbegriffe	9
2. Der Zweck des § 1365	10
3. "Vermögen" im Sinne des § 1365	11
IV. Der Verfügungsbegriff in § 1365	14
1. "Verfügung" im allgemeinen und juristischen Sprachgebrauch	14
2. "Verfügung" im Sinne des § 1365	15
V. Die Bedeutung des § 1365 für das Gesellschaftsrecht	18
1. Anwendbarkeit der Vorschrift bei Zugrundelegung der zuvor entwickelten Begriffe "Vermögen" und "Verfügung"	18
2. Die Problematik aus gesellschaftsrechtlicher Sicht	20
a) Die Folgen des § 1365 im gesellschaftlichen Bereich	20
b) Die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts	21
c) Der Gegensatz zwischen Familieninteressen und Gesellschaftsinteressen	22

	<u>Seite</u>
§ 3: <u>Die Anwendbarkeit des § 1365 im Gesellschaftsrecht - Übersicht über den Streitstand</u>	24
I. Die Anwendbarkeit auf die Einbringung des Vermögens in eine OHG	24
1. Die Einbringung als Verfügung über das Vermögen im ganzen - Darstellung der bisherigen Auffassungen	24
a) Die auf dem rechtstechnischen Verfügungsbegriff aufbauende herrschende Lehre	24
b) Die auf einem wirtschaftlichen Verfügungsbegriff aufbauende Gegenmeinung	25
2. Die Rechtsfolgen bei fehlender Zustimmung	27
II. Die Anwendbarkeit auf die Kündigung von Gesellschaftsverträgen	30
1. Übersicht über die Rechtsprechung	30
2. Übersicht über das Schrifttum	32
a) Die Meinung von Reinicke und Boesebeck	32
b) Die Meinung von Beitzke und Eiselt	34
c) Die Meinung von Fischer und Lauterbach	35
3. Die Rechtsfolgen bei fehlender Zustimmung	36
III. Die Anwendbarkeit auf Änderungen von Gesellschaftsverträgen	36
1. Die Ausscheidens- oder Fortsetzungsvereinbarung	37
a) Die Meinung von Boesebeck	38
b) Die herrschende Meinung	38
2. Die Abfindungsvereinbarung	39
a) Die Meinung von Eiselt und Bartholomeyczik	39
b) Die Meinung von Reinicke und Fischer	40
c) Die herrschende Meinung	41

	<u>Seite</u>
3. Die Folgen fehlender Zustimmung	42
§ 4: <u>Kritik der bisherigen Auffassungen</u>	43
I. Die Entwicklung aus § 419	43
1. Die Bedeutung des § 419 für die Rechtsprechung zu § 1365	43
2. Die Entscheidung des BGH vom 30.6.1954 (II ZR 82/53) als Ausgangspunkt der wirtschaftlich orientierten Lehre	46
3. Die Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte durch die Gerichte bei Anwendung des § 1365 in anderen Rechtsgebieten	48
II. Die Interpretation des § 1365 nach dem Zweck der Norm	49
1. Die rein teleologische Interpretation	50
2. Die Interessenlage	51
3. Auslegung oder Korrektur der Norm	52
4. Die Modifizierung des Verfügungsbegriffs nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten	53
a) Der Verfügungsbegriff des BGB	53
b) Die Grenzen der Auslegung dieses Begriffes	54
5. Die für § 1365 relevanten Grundsätze	54
6. Der Grund der Bindung von Gesamtvermögensgeschäften	55
7. Die Anwendung des § 1365 auf Einzelhandelsgeschäfte und Gesellschaftsbeitellungen	56
§ 5: <u>Eigener Lösungsvorschlag</u>	57
I. Die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten	57
1. Der Vorrang eines Rechtsgebiets	57
a) Der Vorrang des Familienrechts	57
b) Der Vorrang des Gesellschaftsrechts	
2. Der Vorrang von Prinzipien	62

	<u>Seite</u>
3. Die Bedeutung der Priorität der Bindung	63
4. Die teleologische Reduktion als Mittel zur Beschränkung des § 1365 im Gesellschaftsrecht	65
a) Teleologische Reduktion als Normkorrektur	65
b) Die Maßstäbe für eine teleologische Reduktion des § 1365	68
II. Die Anwendbarkeit des § 1365 auf Gesamtvermögensgeschäfte im Bereich des Gesellschaftsrechts	72
1. Die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft	72
2. Ausscheidens- und Abfindungsvereinbarungen	78
a) Ausscheidensvereinbarungen	78
b) Abfindungsvereinbarungen	79
3. Auseinandersetzungskündigung und Ausscheidenskündigung	81
<u>Hauptteil 2: Verwaltungsbeschränkungen in der Gütergemeinschaft und ihre Auswirkungen im Recht der OHG</u>	85
<u>§ 6: Die OHG-Beteiligung als Gegenstand des Sonderguts</u>	87
I. Die Verwaltung der Beteiligung	87
II. Die Haftung des nichtverwaltenden Ehegatten nach § 128 HGB	88
1. Die Haftung mit dem Gesamtgut	88
a) Die Haftungserweiterung nach §§ 1431, 1440	89
b) Der Anteil am Gesamtgut als Haftungsgegenstand	91
2. Die Vereinbarkeit güterrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Haftungsregelung	91
a) Die Art der Haftung des nichtverwaltenden Ehegatten	91
aa) Vergleich mit der Haftung des Kommanditisten	92

bb) Vergleich mit der Haftung der Ehefrau im früheren Güterstand der Verwaltung und Nutznießung	92
b) Art und Umfang der gesellschaftsrechtlichen Haftung	93
aa) Die Bedeutung des § 128 HGB	93
bb) Die Vereinbarkeit der Haftungsbeschränkung des nichtverwaltenden Ehegatten mit § 128 HGB	93
III. Die Verwaltung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben	95
1. Die Problemstellung	95
2. Die Rechtsstellung des Gesamtgutsverwalters	96
3. Die Abtretung der Beteiligung und ihre Folgen auf die Zuordnung des künftigen Auseinandersetzungsanspruchs zu dem Gesamtgut	98
a) Die herrschende Lehre	98
b) Die Meinung von Fischer und Hueck	99
c) Stellungnahme	99
4. Fortsetzungsbeschluß und vertragliche Herabsetzung des Auseinandersetzungsguthabens	102
a) Übersicht über den Streitstand	103
b) Stellungnahme	104
§ 7: <u>Die OHG-Beteiligung als Gegenstand des Gesamtguts</u>	107
I. Die Gütergemeinschaft als Gesellschafter einer OHG	107
1. Übersicht über den Streitstand	107
2. Stellungnahme	108
a) Personenmehrheiten als OHG-Gesellschafter	109
b) Typenzwang und Typenvermischung	110
c) Gütergemeinschaft und essentielle Merkmale der OHG	112
aa) Grundlage, Struktur und Zweck der Gütergemeinschaft im Vergleich zu OHG und Erbengemeinschaft	113

bb)	Die Fähigkeit der Gütergemeinschaft, als Einheit am Handelsverkehr teilzunehmen	117
(1)	Die Rechtsfähigkeit der Gütergemeinschaft	117
(2)	Die Handlungsfähigkeit der Gütergemeinschaft	120
cc)	Die Fähigkeit der Gütergemeinschaft, die Haftung nach § 128 HGB zu übernehmen	124
(1)	Die Haftung einer Personenmehrheit nach § 128 HGB	124
(a)	Übersicht über den Streitstand	125
(b)	Stellungnahme	126
(2)	Die güterrechtliche Haftungsbeschränkung des nichtverwaltenden Ehegatten im Vergleich mit der Haftungsbeschränkung eines Kommanditisten	127
(a)	Der Grund der Haftungsbeschränkung	127
(b)	Die haftenden Vermögensmassen	130
II.	Formen des Erwerbs einer OHG-Beteiligung durch die Gütergemeinschaft	131
1.	Der unmittelbare Erwerb	131
2.	Der Erwerb nach § 1417	132
a)	Die OHG-Beteiligung als verkehrsfähiges Rechtsgut	132
aa)	Übersicht über den Streitstand	132
bb)	Stellungnahme	133
b)	Die Rechtsnachfolge einer Gütergemeinschaft nach § 1417	134
c)	Haftungsrechtliche Probleme einer Übertragungsklausel	138
aa)	Folgen einer Übertragungsklausel für Gesamtgut und Verwalter	138

Seite

bb) Der Erwerb einer OHG-Beteiligung und der Erwerb eines belasteten Grundstücks im Vergleich	139
cc) Analoge Anwendung des § 333 zugunsten des Gesamtgutsverwalters	140
dd) Die analoge Anwendung des § 139 HGB	143
III. Die Verwaltung der Beteiligung nach Gesellschaftsrecht und Güterrecht	145
§ 8: <u>Zusammenfassung</u>	147

Literaturverzeichnis

- Achilles Gebhard Spahn
Motive zu dem Entwurfe eines
Bürgerlichen Gesetzbuchs für
das Deutsche Reich
Bd. I, Allgemeiner Teil,
Berlin und Leipzig 1888
Bd. IV, Familienrecht,
Berlin und Leipzig 1888
zit.: Mot.
Protokolle der Kommission für
die zweite Lesung des Entwurfs
des Bürgerlichen Gesetzbuchs
Bd. V, Erbrecht,
Berlin 1899
zit.: Prot.
- Baumbach-Duden
Handelsgesetzbuch mit Nebenge-
setzen ohne Seerecht,
18. Aufl., München und Berlin
1968
- Baumgärtel, Gottfried
Der Einfluß von Zustimmungser-
fordernissen auf die Abtretbar-
keit einer Forderung,
JZ 1958, 654-656
- Beck, Emil
Der Betrieb eines Handelsgewer-
bes in Gütergemeinschaft,
DNotZ 1962, 348-359
- Becker, Karl
Übertragung einzelner gesell-
schaftlicher Rechte bei Perso-
nengesellschaften,
GmbHRdsch 1951, 92-94
- Beitzke, Günther
Familienrecht,
14. Aufl., München und Berlin
1968
Gesellschaftsvertrag und güter-
rechtliche Verfügungsbeschrän-
kung,
Betr. 1961, 21-26
- Boesebeck, Ernst
Gefährdung von Gesellschaftsver-
trägen durch Zugewinnngemeinschaft,
Betr. 1958, 1147-1149

- Bötticher, Eduard Die durch Reedereistatut vinkulierte Schiffspart in der allgemeinen Gütergemeinschaft, ZHR 114, 91-102
- Braga, Sebold Die "subjektive Theorie" oder was sonst? FamRZ 1967, 652-662
- Brox, Hans Erbrecht Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- Buchwald-Tiefenbacher Die zweckmäßige Gesellschaftsform, 3. Aufl., Heidelberg 1967
- Buchwald, Friedrich Der Betrieb eines Handelsgewerbes in Erben- oder Gütergemeinschaft, BB 1962, 1405-1408
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Dölle, Hans Familienrecht, Bd. I, Karlsruhe 1964
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch, Bd. I, Allg. Einleitung und §§ 1 - 104, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
Bd. II 2. Hälfte, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft (§§ 105 - 177, 335 - 342), 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
- Dunker, Hanns-Georg Zum Vermögensbegriff der §§ 419, 1365 BGB, MDR 1963, 978-980
- Eiselt, Gerhard Die Bedeutung des § 1365 BGB für Gesellschaftsverträge, JZ 1960, 562-564
- Eltzbacher, Paul Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft als Teilnehmerinnen einer offenen Handelsgesellschaft, ZHR 45, 40-68
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2 Bände), 4. Aufl., Münster 1967

- Fabricius, Fritz Relativität der Rechtsfähigkeit,
München und Berlin 1963
- Fischer, Robert Kollision zwischen Gesellschafts-
recht und ehelichem Güterrecht,
NJW 1960, 937-943
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Rechts,
2. Bd., Das Rechtsgeschäft,
Berlin, Heidelberg, New York 1965
- Gernhuber, Joachim Anmerkung zu BGH 43, 174,
JZ 1966, 192-193

Drittwirkungen im Schuldverhält-
nis kraft Leistungsnähe,
in: Festschrift für Arthur Ni-
kisch, S. 249-274
Tübingen 1958

Lehrbuch des Familienrechts,
München und Berlin 1964
- v. Gierke, Julius Handelsrecht und Schifffahrts-
recht,
8. Aufl., Berlin 1959
- Gösele, Jörg Hermann Nießbrauch als Ertragsbeteili-
gung am Unternehmen und am An-
teil einer Personengesellschaft,
Diss. Tübingen 1964
- Großfeld, Bernhard Die Anerkennung der Rechtsfähig-
keit juristischer Personen,
RabelsZ 1967, 1-48
- Haegeler, Karl Sechs Jahre Zugewinnngemeinschaft,
FamRZ 1964, 594-609
- Haupt-Reinhardt Gesellschaftsrecht,
4. Aufl., Tübingen 1952
- Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst dem Entwurf eines Ein-
führungsgesetzes und einer Denk-
schrift, Reichstagsvorlage,
Berlin 1897

zit.: Denkschrift (HGB)
- Heinsheimer, Karl Das Recht des Mannes am Vermögen
der Frau,
Jena 1903
- Hueck, Alfred Das Recht der offenen Handelsge-
sellschaft, 3. Aufl., Berlin 1964

zit.: Hueck, OHG

- Hueck, Alfred Gesellschaftsrecht,
14. Aufl., München und Berlin
1968
zit.: Hueck, GesR
- Jaeger Anmerkung zu dem Urteil des OHG
vom 16.6.1948 (ZS 11/48),
SJZ 1948 Sp. 755-757
- Kämmerer, Ludwig Konkursordnung mit Einführungs-
gesetzen, Bd. I,
8. Aufl., Berlin 1958
- Kämmerer, Ludwig Die Rechtsnatur der Offenen Han-
delsgesellschaft,
NJW 1966, 801-806
- Kehrer, Artur Die Zugehörigkeit von Gesell-
schaftsanteilen nach BGB und
HGB zum Gesamtgut der allge-
meinen Gütergemeinschaft des BGB,
Württ. NV 1954, 257-262
- Kemper, Karl Die Verwaltungsbeschränkungen
der Ehegatten im gesetzlichen
Güterstand der Zugewinn-
gemeinschaft
(§§ 1365 - 1369 BGB n.F.),
Diss. Bonn 1962
- Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Vierter Band: Das Familienrecht,
7. Aufl., Marburg 1931
- Kölling, Ludwig Gesamthandsgemeinschaften als
Mitglieder von Personalgesell-
schaften des Handelsrechts,
Diss. Münster 1938
- Koeniger, Hans Der Schutz der Familie in der
Zugewinn-
gemeinschaft,
DRiZ 1959, 372-375
- Kohler, Rudi Die Maßnahmen des Unternehmers
gegen die Risiken der Zugewinn-
gemeinschaft,
BB 1959, 929-935
- Krüger-Breetzke-Nowack Gleichberechtigungsgesetz,
München und Berlin 1958
- Kurz, Dietrich Die Kaufmannseigenschaft der
offenen Handelsgesellschaft,
Diss. Münster 1965

- Lehmann-Henrich Deutsches Familienrecht,
4. Aufl., Berlin 1967
- Larenz, Karl Die Methodenlehre der Rechts-
wissenschaft,
2. Aufl., Berlin, Göttingen,
Heidelberg 1969
zit.: Larenz, Methodenlehre
- Lorenz, Werner Die Verfügungsbeschränkungen im
Rahmen der Zugewinnngemeinschaft,
JZ 1959, 105-109
- Lutter, Marcus Zum Umfang des Sonderguts,
AcP 161, 163-176
- Martini, Eberhard Rechtliche Probleme eines Immo-
bilienzertifikates (32. Beiheft
ZHR), Stuttgart 1967
- Massfeller-Reinicke Das Gleichberechtigungsgesetz,
Köln und Berlin 1958
- Mestmäcker, Ernst Joachim Verwaltung, Konzerngewalt und
Recht der Aktionäre,
Karlsruhe 1958
- Model-Haegele Testament und Güterstand des Un-
ternehmens,
5. Aufl., Köln-Marienburg 1966
- de la Motte, Hans Der Einfluß der güterrechtlichen
Verwaltungsbeschränkung des
§ 1365 BGB auf das Unternehmens-
recht,
Diss. Kiel 1966
- Mülke, Horst Die Verwaltungsbeschränkung des
§ 1365 Abs. 1 BGB,
Diss. Münster 1961
Zur Verwaltungsbeschränkung des
§ 1365 Abs. 1 BGB,
AcP 161, 129-162
- Müller, Klaus Die Einwirkung des Konkurses auf
die persönliche Haftung des Ge-
sellschafters,
NJW 1968, 225-230
- Müller-Erbach, Rudolf Das private Recht der Mitglied-
schaft als Prüfstein eines kau-
salen Rechtsdenkens,
Weimar 1948

- Müller-Freienfels, Wolfram Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes,
JZ 1957, 685-696
- Mugdan Die gesamten Materialien zum
Bürgerlichen Gesetzbuch für das
Deutsche Reich,
IV. Bd., Familienrecht,
Berlin 1899
- Ollig, Gerhard Die Auslegung des § 1365 Abs. 1
BGB und sein Einfluß auf das Ge-
sellschaftsrecht,
Diss. Frankfurt 1964
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch,
28. Aufl., München und Berlin 1969
- Paulick, Heinz Die eingetragene Genossenschaft
als Beispiel gesetzlicher Typen-
beschränkung,
Tübingen 1954
- Paulus, Gotthard Vollstreckungszugriff und Siche-
rungseigentum,
ZZP 64, 169-203
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch nebst Einführungsgesetz,
IV. Bd. (Familienrecht), 1. Häl-
fte, 4. Aufl., Berlin und Leipzig
1928
V. Bd. (Erbrecht),
4. Aufl., Berlin und Leipzig 1930
- Reinicke, Dietrich Ausfüllung von Gesetzeslücken
durch den Bundesgerichtshof,
JuS 1964, 421-429
Der Zeitpunkt, zu dem die subjek-
tiven Voraussetzungen bei der
Übernahme eines Vermögens im Sin-
ne des § 419 BGB vorliegen müssen,
NJW 1967, 1249-1255
Die Rechtsprechung des Bundesge-
richtshofes zur Zugewinngemein-
schaft,
Betr. 1965, 1351-1355
Verwaltungsbeschränkungen im Gü-
terstand der Zugewinnsgemeinschaft
und Gesellschaftsrecht,
BB 1960, 1002-1005

- RGK BGB
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Bd. II, 2. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse: §§ 705 - 853, 11. Aufl., Berlin 1960
Bd. IV, 1. Teil, Familienrecht, §§ 1297 - 1302, 1353 - 1390, 1408 - 1518, 1558 - 1563, 1588, 10./11. Aufl., Berlin 1960
zit.: RGK
- RGK HGB
Reichsgerichtsrätekommmentar zum HGB, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1950
zit.: Weipert
- Riedel, Erwin
Vermögens- und Verfügungsinhalt zu §§ 419, 1365 BGB im Grundstücksverkehr, RPfl 1961, 261-269
- Rittner, Fritz
Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft (I): Die Bedeutung des § 1365 BGB im Handelsrecht, FamRZ 1961, 1-17
Diskussion zu Tiedau "Gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Probleme der Zugewinnngemeinschaft", Deutscher Notartag 1961, 136-139
- Schippel, Helmut
Rechtsprechung und Literatur zu § 1365 BGB n.F., DNotZ 1961, 24-31
- Schlegelberger
Handelsgesetzbuch, 2. Band, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1963
- Schneider-Martin
Familienunternehmen und Unternehmertestament, 4. Aufl., Heidelberg 1963
- Schulz-Kersting, Willibald
Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf den Grundbuchverkehr, JR 1959, 134-139

- Schwandt, Eberhard-Ulrich Der Zugewinnausgleichsanspruch
als Gegenstand vertraglicher Re-
gelung im Recht der Personalge-
sellschaften,
Diss. Münster 1966
- Sichter mann, Siegfried Verfügungen über das Vermögen im
ganzen nach § 1365 BGB,
Betr. 1959, 163-164
- Siebert, Wolfgang Gesellschaftsvertrag und Erbrecht
bei der Offenen Handelsgesell-
schaft,
3. Aufl., Karlsruhe 1958
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch,
Bd. II, Einzelne Schuldverhält-
nisse (§§ 433 - 853),
9. Aufl., Stuttgart 1962,
Bd. II, Schuldrecht (§§ 241 -
610), 10. Aufl., Stuttgart, Ber-
lin, Köln, Mainz 1967,
Bd. IV, Familienrecht (§§ 1297 -
1921), 9. Aufl., Stuttgart 1963
- Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
Erster Band,
14. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch,
Bd. I, Allgemeiner Teil,
§§ 1 - 240,
11. Aufl., Berlin 1957
Bd. II, Recht der Schuldverhält-
nisse, 2. Teil, §§ 433 - 610,
11. Aufl., Berlin 1955
3. Teil, §§ 611 - 657,
10. Aufl., Berlin 1941
4. Teil, §§ 705 - 822,
11. Aufl., Berlin 1958
Bd. IV, Familienrecht,
2. Teil, §§ 1363 - 1390,
10./11. Aufl., Berlin 1965
Teil 3 a, §§ 1589 - 1698 b,
10./11. Aufl., Berlin 1966
Bd. V, Erbrecht,
1. Teil, §§ 1922 - 2196,
11. Aufl., Berlin 1954

- Sudhoff, Heinrich Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften,
3. Aufl., München und Berlin 1967
- Tiedau, Erwin Gesellschaftsvertrag und neues
eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftlicher Abfindungsklauseln,
MDR 1959, 253-258
Zur Problematik des § 1365 unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechtes,
MDR 1961, 721-725
Gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Probleme der Zugewinnsgemeinschaft,
Deutscher Notartag 1961, 97-135
- Tiefenbacher, Erhard Die Personengesellschaft und das neue eheliche Güterrecht,
BB 1958, 565-568
- Tilkorn, Klaus Zugewinnsgemeinschaft und Gesellschaftsrecht,
Diss. Münster 1965
- Tubbesing, Günter Zur Auswirkung der Zugewinnsgemeinschaft auf die Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften,
BB 1966, 829-834
- v. Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts,
3 Bände, München und Leipzig 1910-1918
Verfügung über künftige Forderungen,
DfZ 1904 Sp. 426-431
- Ullmann Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland,
Berlin 1903
Die Ehefrau als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft,
JW 1902, 49-55
- Westermann, Harry Sachenrecht,
5. Aufl., Karlsruhe 1966
Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen,
Karlsruhe 1954
zit.: Westermann, Interessenkollisionen

Westermann, Harry

Person und Persönlichkeit als
Wert im Zivilrecht,
Köln und Opladen 1957

zit.: Westermann, Person und Per-
sönlichkeit

Wesen und Grenzen der richter-
lichen Streitentscheidung im Zi-
vilrecht,
Münster 1955

zit.: Westermann, Richterliche
Streitentscheidung

Westermann-Scherpf-Paulick-Bulla-Hackbeil

Handbuch der Personengesellschaf-
ten, Köln 1967

zit.: Westermann, Handbuch

Wiedemann, Herbert

Die Übertragung und Vererbung von
Mitgliedschaftsrechten bei Han-
delsgesellschaften,
München und Berlin 1965

Wieland, Karl

Handelsrecht Bd. I,
München und Leipzig 1921

Wörbelauer, Herbert

Zum Begriff der Verfügung über
das Vermögen im ganzen (§ 1365
BGB), NJW 1960, 793-798

Wolff, Hans J.

Typen im Recht und in der Rechts-
wissenschaft,
Studium Generale 1952, 195-205

Zielinski, Gustav

Grundtypenvermischungen und Han-
delsgesellschaftsrecht,
Marburg 1925

Zöllner, Wolfgang

Vertragsfreiheit und Bindung an
den Typus im ehelichen Güterrecht,
FamRZ 1965, 113-121

AWD	Außenwirtschaftsdienst
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BB	Der Betriebsberater
Betr.	Der Betrieb
Bayr ObLG Z	Bayerisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungssammlung in Zivilsachen
BFH	Bundesfinanzhof
BStBl.	Bundessteuerblatt
Denkschrift (HGB)	Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst dem Entwurf eines Einführungs- gesetzes und einer Denkschrift
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
GesR	Gesellschaftsrecht
HansGerZtg.	Hanseatische Rechts- und Gerichts- zeitschrift
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JhJ	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in An- gelegenheiten der Freiwilligen Ge- richtsbarkeit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesge- richtshofs in Zivilsachen, heraus- gegeben von Lindenmaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zum BGB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone, Entscheidungssammlung
OLGRspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OLG Z	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (seit 1965)
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
RdW	Rechtsspiegel der Wirtschaft
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RfH	Reichsfinanzhof
ROHG	Reichsoberhandelsgericht, Entscheidungssammlung
RPfl	Der Deutsche Rechtspfleger
RStBl.	Reichssteuernblatt
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Warn.	Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr und Nr.)
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WürtlNV	Mitteilungen aus der Praxis. Zeitschrift für das Notariat Baden-Württemberg
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, jetzt, für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB

§ 1: Einleitung

I. Die Problemstellung

Die Frage, nach welcher Norm ein Lebenssachverhalt rechtlich zu beurteilen ist, kann in der Regel leicht beantwortet werden. Schwierigkeiten bereitet sie nur, wenn der Sachverhalt dem Grenzbereich zweier Rechtsgebiete entstammt und weder dem einen noch dem anderen eindeutig zugeordnet werden kann ¹⁾. Überschneiden sich beide Rechtsgebiete, so droht zudem die Kollision gesetzlicher Vorschriften. Probleme dieser Art treten an den Schnittpunkten des Gesellschaftsrechts und des ehelichen Güterrechts auf. Wie weit güterrechtliche Beschränkungen Einfluß auf die Stellung des Gesellschafters in einer OHG ausüben können, ist noch nicht geklärt. Die Auseinandersetzung in Rechtsprechung und Schrifttum ist, soweit es den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft betrifft, in vollem Gange ²⁾; der Behandlung der Gütergemeinschaft wurde bisher wenig Aufmerksamkeit zugewandt ³⁾. Praktische Bedeutung gewinnt eine Untersuchung dieser Fragen, weil der verheiratete Gesellschafter im Wirtschaftsleben den Regelfall darstellt. Der theoretisch-dogmatische Schwerpunkt liegt in der Abstimmung der nach Regelungsbereich verschiedenenartigen Interessenwertungen des Gesetzgebers, die in der Person des Gesellschafters zusammentreffen.

-
- 1) Vgl. z.B. die Behandlung der Erbfolge in eine Gesellschaftsbeteiligung: BGH Z 22, 186 ff.; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft (3. Aufl., Karlsruhe 1958) S. 18 mwN.
 - 2) Die Literaturnachweise zu § 1365 sind kaum noch übersehbar; vgl. Staudinger-Felgenträger § 1365 Anm. 59; Soergel-Siebert-Vogel § 1365 Anm. 15; Erman-Bartholomeyczik § 1365 Anm. 5 b aa; Dölle § 52; Gernhuber § 35 II; Beitzke § 13 II.
 - 3) Westermann, Handbuch Rz. 121; Lutter AcP 161, 167 ff.

II. Das Gesellschaftsverhältnis als Sonderrechtssphäre

Mit der Bildung der Gesellschaft werden Vermögensgegenstände einem von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter zu unterscheidenden Sondervermögen ¹⁾ zugeführt. Es liegt nahe, nach dem Grad der Absonderung von dem Privatvermögen auch den Einflußbereich der familienrechtlichen Schutzvorschriften zu begrenzen. Die Verselbständigung dieses Sondervermögens könnte so weit gehen, daß nur gesellschaftsrechtliche Beschränkungen der Gesellschafter sich auf das Gesellschaftsverhältnis auswirken könnten. Bindungen, die nicht kraft Gesellschaftsrechts bestehen oder - bezogen auf die Gesellschafter - diesen nicht gerade in ihrer Eigenschaft als Träger des Gesamthandsvermögens anhaften, könnten dann unberücksichtigt bleiben.

Innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses nimmt der Gesellschafter eine Doppelstellung ein ²⁾. Er ist zusammen mit den anderen Gesellschaftern Träger des gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens und gleichzeitig Inhaber von Rechten und Pflichten ³⁾, die zu seiner privaten Rechtssphäre gehören. Das Gesellschaftsverhältnis ist kein in sich geschlossenes Rechtsverhältnis, das ausschließlich die gemeinsame Rechtssphäre der Gesellschafter umfaßt. Die Gesellschaft ist nicht zur juristischen Person verselbständigt, sondern bleibt eine Zweckgemeinschaft natürlicher und (oder) juristischer Personen.

1) RG Z 16, 2; 118, 298; RG DR 1943, 868; Hueck, OHG § 16, I, IV 3 mwN; Tubbesing BB 1966, 830.

2) Schlüter, Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die "Grundlagen der Gesellschaft" (Köln-Berlin-Bonn-München 1965) S. 30.

3) Dazu gehören z.B. das Recht auf Mehrentnahmen (§ 122 Abs. 1 HGB), das Kontrollrecht (§ 118 HGB), das Recht zur Geschäftsführung (§ 114 Abs. 1 HGB), die Pflicht zur Leistung der Beiträge (§ 105 Abs. 2 HGB iV mit § 705 BGB) u.a., auch sämtliche Individualansprüche und -verpflichtungen.

Eine Beeinflussung der Gesellschaft durch außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses begründete Beschränkungen einzelner Mitglieder ist daher durchaus möglich.

III. Verfügungsbeschränkungen und ihre Auswirkungen auf die Stellung eines OHG-Gesellschafters

Geschäftsunfähige Personen können sich an einer OHG beteiligen, obwohl ihnen die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit fehlt. Gesellschaftsverträge, die kaufmännisch wenig erfahrene Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung der OHG ausschließen, sind nicht selten. Der Ausschluß von der Geschäftsführung und Vertretung kann unter gewissen Voraussetzungen auch durch ein Urteil nach § 140 Abs. 1 HGB herbeigeführt werden. Diese Beschränkungen eines Gesellschafters beruhen auf gesetzlicher Vorschrift (§§ 104, 105 BGB), auf Vereinbarung der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder auf richterlichem Ausspruch. Ihnen allen gemeinsam ist, daß sie dem Verbleiben des Gesellschafters in der OHG nicht entgegenstehen.

Dagegen muß der Gemeinschuldner, nach § 6 Abs. 1 KO in der Verwaltung und Verfügung über sein konkursbefangenes Vermögen beschränkt, kraft zwingenden Rechts aus der Gesellschaft ausscheiden: § 131 Nr. 5 HGB ¹⁾. Auf den Grund für diese besondere Folge soll kurz eingegangen werden, weil angesichts der Ähnlichkeit konkursrechtlicher und güterrechtlicher Beschränkung ²⁾ Rückschlüsse auf ihre Wirkungen im Gesellschaftsrecht gezogen werden könnten.

Maßgebend für das Ausscheiden des Gemeinschuldners ist nicht die Belastung des Vertrauensverhältnisses ³⁾, die

1) Schlegelberger-Geßler § 131 Anm. 30; Weipert § 131 Anm. 27

2) Lorenz: JZ 1959, 108

3) Die tiefgreifende Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses kann Grund für eine Auflösungsklage sein: BGH WM 1963, 283; Betr. 1966, 1725. Weitergehend für den Fall, daß ein Gesellschafter vor Entstehen der Gesellschaft in Konkurs fällt: RG Z 39, 169

der Eintritt des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters bedeutet. Dafür reichte es aus, den übrigen Gesellschaftern ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zuzubilligen.

Ausschlaggebend ist auch nicht der Umstand, daß der Gemeinschuldner die Dispositionsbefugnis über sein Vermögen verloren hat. Denn die Bestimmung des Art. 123 Nr. 3 ADHGB, nach der die Gesellschaft in diesem Fall aufgelöst werden mußte, ist nicht in das HGB übernommen worden.

Nach Esser ¹⁾ folgt die Notwendigkeit des Ausscheidens des Gemeinschuldners aus dem Konkurszweck. Die Verwertung des gesamten Schuldnervermögens zur Befriedigung der Konkursgläubiger erfordere zwingend die Realisierung auch der in der Gesellschaft gebundenen Vermögenswerte. Diese Erklärung kann nur für den Regelfall ausreichen, daß durch das Ausscheiden des Gemeinschuldners tatsächlich Vermögenswerte für die Konkursmasse frei werden, sie versagt, wenn der Kapitalanteil des Gemeinschuldners negativ geworden war. Würde der Gemeinschuldner nicht aus der Gesellschaft ausscheiden, so geriete die Gesellschaftsbeteiligung in unlösbare Widersprüche zwischen Gesellschaftsrecht und Konkursrecht: Nach § 1 Abs. 1 KO umfaßt das Konkursverfahren das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, also auch die Beteiligung an einer OHG ²⁾. Die Zuweisung zur Konkursmasse bedeutet, daß die Massegegenstände nur mehr für den Konkurszweck bereitstehen und der alleinigen Verwaltungs- und Verfügungsbezugnis des Konkursverwalters unterliegen. Eine völlige

1) Esser, Schuldrecht (2. Aufl., Karlsruhe 1960) § 178, 5 b

2) § 859 ZPO gilt für Beteiligung an einer OHG entsprechend: Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung (29. Aufl., 1966), Anhang zu § 859 ZPO Anm. 1

Ausschaltung des Gesellschaftszwecks durch den Konkurszweck bei fortbestehender Beteiligung ist aber ebenso ausgeschlossen ¹⁾ wie eine Wahrnehmung der höchstpersönlichen ²⁾ Gesellschaftsrechte durch den Konkursverwalter. Eine OHG-Beteiligung kann nie Gegenstand der Konkursmasse werden; ihre Auflösung oder - anders ausgedrückt - das Ausscheiden des Gemeinschuldners aus der Gesellschaft ist daher unausweichlich.

1) Hueck, OHG § 1 I 2 a, c und III 1

2) Hueck, OHG § 18 III 3

Hauptteil 1: Verwaltungsbeschränkungen in der Zugewinn-
gemeinschaft und ihre Auswirkungen im Recht
der OHG

§ 2: Die Verwaltungsbeschränkung der Ehegatten nach
§ 1365 BGB

Wieweit Verwaltungsbeschränkungen des ehelichen Güterrechts sich auf den Bereich des Gesellschaftsrechts auswirken, hängt davon ab, ob Bindungen, denen eine Person als E h e g a t t e unterliegt, auch ihre Handlungsfähigkeit als Mitglied eines gesellschaftlichen Zusammenschlusses beeinträchtigen können.

I. Verwaltungsbeschränkungen in der Zugewinnsgemeinschaft

Verwaltungsbeschränkungen hat der Gesetzgeber für die Güterstände der Zugewinnsgemeinschaft und der Gütergemeinschaft angeordnet; sie sind in ihrer Ausgestaltung von der Struktur des jeweiligen Güterstandes geprägt. Die größere Bedeutung in der Praxis kommt den Verwaltungsbeschränkungen der Zugewinnsgemeinschaft zu. Seit dem 1. Juli 1958, an dem das Gleichberechtigungsgesetz in Kraft trat, ist die Zugewinnsgemeinschaft gesetzlicher Güterstand. Sie gilt für alle Ehegatten, die keine abweichende güterrechtliche Vereinbarung getroffen haben. In dem gesetzlichen Güterstand wird gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten nicht gebildet. Der Ausgleich des in der Ehe erzielten Zugewinns wird durch eine Verstärkung des Erbrechts oder durch einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch hergestellt. Unter dem Gesichtspunkt der Güterzuordnung ist die Zugewinnsgemeinschaft eine Form der Gütertrennung ¹⁾. Dem entspricht die Regelung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse. Jeder Ehegatte kann nach § 1364 über sein Vermögen frei verfügen. Er ist allerdings an die Zustimmung

1) Zöllner, Vertragsfreiheit und Bindung an den Typus im ehelichen Güterrecht, FamRZ 1965, 113 ff. (115)

seines Ehepartners gebunden, sobald Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen oder über Gegenstände des ehelichen Haushalts vorgenommen werden: §§ 1365, 1369. Die Haushaltsgegenstände betreffende Beschränkung nach § 1369 hat keinen Bezug zum Gesellschaftsrecht und kann daher für unsere Untersuchung vernachlässigt werden. Dagegen kann die in § 1365 ausgesprochene Beschränkung Bedeutung gewinnen, wenn das Vermögen im ganzen aus einer Gesellschaftsbeteiligung besteht oder zum Erwerb einer solchen eingesetzt wird.

II. Streitfragen zu § 1365

Nach § 1365 kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen. Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt. Ohne diese Einwilligung geschlossene Verträge sind schwebend unwirksam, einseitige Rechtsgeschäfte nichtig.

§ 1365 gehört zu den am meisten umstrittenen Vorschriften des Güterrechts. Über seine objektiven und subjektiven Tatbestandselemente konnte bisher keine Einigung erzielt werden. Schon an den Begriffen "Vermögen im ganzen" und "Verfügung" entzündete sich die Auseinandersetzung in Rechtsprechung und Lehre ¹⁾. Umstritten ist weiter, ob ein Rechtsgeschäft genehmungspflichtig ist, wenn es objektiv das Vermögen im ganzen zum Gegenstand hat ²⁾. Manche Autoren verlangen, um den Anwendungsbereich des § 1365 einzuschränken, die Parteien müßten sich über den Charakter

1) Gernhuber § 35 II 1, 2.

2) Bejahend: LG Berlin FamRZ 1959, 66; Bosch, Das neue Ehevermögensrecht, insbesondere das Ehegüterrecht, in FamRZ 1958, 289 ff. (294); ders.: Anm. zu dem Beschluß des LG Bielefeld v. 25.8.1958 (3a T 137/58), in: FamRZ 1958, 376 f. (377); Lorenz JZ 1959, 106; Schulz-Kersting JR 1959, 138

als Gesamtgeschäft einig sein ¹⁾ oder es müßte sich sogar ihre Absicht darauf richten ²⁾. Offen ist auch die Frage nach den subjektiven Voraussetzungen. Die hL ³⁾ verlangt zur Genehmigungspflichtigkeit des Geschäfts die Kenntnis des Geschäftsgegners; dieser muß - wie es auch im Rahmen des § 419 ⁴⁾ angenommen wird - wissen, daß das Rechtsgeschäft das gesamte Vermögen des Partners erfaßt. Für das Gesellschaftsrecht ist diese Seite der Auslegung zweitrangig. Bei dem Abschluß von Gesellschaftsverträgen werden die Vermögensverhältnisse der Beteiligten regelmäßig erörtert, so daß der Theorienstreit hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsmerkmale in § 1365 für die Praxis ohne größere Bedeutung bleibt ⁵⁾. Dagegen bedarf der objektive Tatbestand mit den Begriffen "Vermögen im ganzen" und "Verfügung" der weiteren Klärung.

-
- 1) Beitzke § 13 II 1 u. ders., Anm. zum Beschluß des BGH vom 28.4.1961 (V ZB 17/60), JR 1961, 342 ff.; im Ergebnis auch Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 55 a; Soergel-Siebert-Vogel § 1365 Anm. 8 ff.; BGH DNotZ 1957, 503 (zu § 1822 Nr. 1), Tiedau DNotTag 1961, 99 f.
 - 2) Maßfeller, Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes, Betr. 1957, 499 ff. (499); koeniger, DRIz 1959, 372; Tiedau, Gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Probleme der Zugewinnngemeinschaft, DNotZ 1961 (München-Berlin o.J.), S. 97 ff. (105); ders. MDR 1961, 720 f.
 - 3) BGH Z 43, 177; OLG Hamm NJW 1960, 1466; OLG Frankfurt NJW 1960, 2003; RGRK-Scheffler § 1365 Anm. 13; Erman-Bartholomeyczik § 1365 Anm. 4; Palandt-Lauterbach § 1365 Anm. 2; Maßfeller-Reinicke § 1365 Anm. 2; Reinicke BB 1960, 1003; Dölle § 52 I 1 mwN.
 - 4) Zur Frage, zu welchem Zeitpunkt die subjektiven Voraussetzungen bei der Übernahme eines Vermögens im Sinne des § 419 BGB vorliegen müssen: Reinicke NJW 1967, 1248 ff.
 - 5) Boesebeck Betr. 1958, 1147; Fischer NJW 1960, 939

III. Der Vermögensbegriff in § 1365

1. Die verschiedenen Vermögensbegriffe

Unter Vermögen im Sinne der Wirtschaftswissenschaften ¹⁾ versteht man die Summe der geldwerten Güter einer Person oder einer wirtschaftlichen Einheit. In der Rechtswissenschaft bedeutet Vermögen die Gesamtheit der einer Person zugeordneten Vermögensrechte. Wie weit, ausgehend von dem juristischen Vermögensbegriff, bei der Feststellung des Vermögens die Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sind, ist offen. Man kann als Vermögen die Summe aller Aktiven bezeichnen (Aktivvermögen), aber auch alle Aktiven und alle Passiven als positive und negative Vermögensbestandteile in diesem Begriff zusammenfassen (sog. Vermögensstatus). Eine dritte Möglichkeit besteht darin, das Vermögen als die Differenz zwischen Aktiven und Passiven zu bestimmen (Nettovermögen) ²⁾.

Im BGB haben alle drei Vermögensbegriffe Verwendung gefunden. Im Unterhaltsrecht (§§ 1360, 1603) geht der Gesetzgeber von dem Nettovermögen aus ³⁾. In den §§ 1626 Abs. 2, 1802, 1841 sowie § 38 HGB ist der Vermögensstatus in den gesetzlichen Tatbestand aufgenommen ⁴⁾. In der Mehrzahl der Fälle, z.B. in den §§ 310, 311, 419, 1444 a.F., 1822 Nr. 1, wird der Begriff "Vermögen" im Sinne des Aktivvermögens gebraucht ⁵⁾. Die Terminologie des BGB ist uneinheitlich. Daraus ist für die Auslegung des § 1365 die

1) Weisser, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 11 (Tübingen-Göttingen 1961) S. 163

2) Rittner, Staatslexikon, Bd. 8 (Freiburg 1963), Sp. 170 ff. (173)

3) Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 72 ff.

4) Erman-Ronke § 1626 Anm. 5 c; Erman-Hefermehl § 1802 Anm. 2; Palandt-Lauterbach § 1802 Anm. 2

5) RGZ 69, 285 u. 416; Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 310 Anm. 2, § 311 Anm. 2; § 419 Anm. 2 mwN; Binder, Der Gegenstand, ZBH 29 (1907), 1 ff. (17).

Folgerung zu ziehen, daß im Rahmen dieser Vorschrift derjenige Vermögensbegriff anzuwenden ist, der dem Zusammenhang der gesetzlichen Regelung und dem Sinn und Zweck der Einzelvorschrift am besten entspricht ¹⁾.

2. Der Zweck des § 1365

Der Regierungsentwurf zu § 1364 Halbsatz 2 lautete: "... er (der Ehegatte) ist jedoch in der Verwaltung seines Vermögens im Interesse der Familien-gemeinschaft nach Maßgabe der folgenden Vorschriften beschränkt. Dieser Zusatz wurde gestrichen, weil er eine bloße Begründung der gesetzlichen Bestimmungen enthielt und daher nicht in den Gesetzestext aufgenommen zu werden brauchte ²⁾. Hieraus wird deutlich, daß der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 1365 einen doppelten Zweck verfolgt hat: der künftige Anspruch des Ehegatten auf Ausgleich des Zugewinns sollte gesichert und das Vermögen im ganzen als wirtschaftliche Grundlage der Familie erhalten werden. Dabei kommt dem Schutz der Familiengrundlage der Vorrang zu ³⁾.

-
- 1) Rittner FamRZ 1961, 1-11 meint, § 1365 Abs. 1 bezeichne mit "Vermögen" nur bestimmte Vermögensgegenstände oder -inbegriffe; eine solche Beschränkung auf bestimmte Objekte entspricht weder dem Wortlaut noch dem Schutzzweck der Vorschrift, da alle Gegenstände wirtschaftliche Grundlage der Familie sein können.
 - 2) Maßfeller-Reinicke, "Zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Neuordnung des ehelichen Güterrechts"; Bericht der Ministerialreferenten, Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 154 vom 10. August 1956.
 - 3) Heute allgemeine Meinung; vgl.: Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 1; Maßfeller-Reinicke § 1365 Anm. 2; RGRK-Scheffler § 1365 Anm. 5; Erman-Bartholomeyczik § 1365 Anm. 2 b; Gernhuber § 35 I 3; Westermann, Handbuch Rz. 96. AA nur Ziege, Zur Auslegung des § 1369 BGB n.F., NJW 1957, 1579 ff. (1579)

3. "Vermögen" im Sinne des § 1365

Der Begriff des Vermögensstatus scheidet nach Sinn und Zweck des § 1365 von vornherein aus. Für die Sicherung des Zugewinnausgleichs und die Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie ist allein das rechtliche Schicksal der Aktivmasse maßgebend; ob mit den Aktiva auch die Verbindlichkeiten übertragen werden, ist unerheblich. Aktiva und Passiva werden in der gesetzlichen Terminologie innerhalb des Vermögensbegriffes nur dort in gleicher Weise berücksichtigt, wo eine Vermögensentwicklung zum Zweck der Verwaltungs- und Rechnungslegung wirtschaftlich festgehalten werden soll. Ein solches Ziel verfolgen die §§ 1626 Abs. 2, 1802, 1841, nicht aber § 1365.

Zugewinnausgleich und wirtschaftliche Grundlage der Familie wären gesichert, wenn man vom Begriff des Nettovermögens ausginge, und nachteilige Verfügungen über dieses dem Erfordernis der Genehmigung durch den nicht an dem Geschäft beteiligten Ehegatten unterwerfen würde. Abzustellen wäre dann auf Wertverluste. Für die Bindung von Geschäften über das Nettovermögen durch § 1365 wird angeführt, daß eine wirtschaftliche Deutung des Vermögensbegriffes dem wirtschaftlichen Zweck der Norm entspreche; verschiedentlich findet sich noch ein Hinweis auf die ebenfalls wirtschaftliche Terminologie in den §§ 1375 ff ¹⁾.

Folgt man dieser Ansicht, so scheidet eine Anwendung des § 1365 aus, wenn die Verbindlichkeiten eines Ehegatten sein Aktivvermögen übersteigen und Nettovermögen als Gegenstand eines zu genehmigenden Geschäftes nicht mehr vorhanden ist.

1) Palandt-Lauterbach (19. Aufl.) § 1365 Anm. 2; Merdsche, Anm. zu dem Beschluß des LG Detmold vom 13.8.1958 (T 268/58), NJW 1958, 1729 f. (1729); Mülke AcP 161, 141 ff.; Riedel RPfl 1961, 266; Schulz-Kersting JR 1959, 135 ff.; Sichtermann Betr. 1959, 163

Bedenkt man aber, daß auch bei Überwiegen der Verbindlichkeiten das vorhandene Vermögen wirtschaftliche Grundlage einer Familie sein kann, so legen Sinn und Zweck des § 1365 seine Anwendung auch in diesen Fällen nahe.

Das Vermögen im Sinne des § 1365 nicht wirtschaftlich als Nettovermögen aufzufassen, steht nicht im Widerspruch dazu, daß in den §§ 1375 ff. wirtschaftliche Begriffe wie "Anfangsvermögen" und "Endvermögen" verwendet werden. §§ 1375 ff. haben eine andere Aufgabe als § 1365; sie dienen der Berechnung des Zugewinns. Feststellung des Gewinns bedeutet aber begriffsnotwendig Feststellung des Zuwachses des Nettovermögens. Sollen durch § 1365 Zugewinnausgleich und wirtschaftliche Grundlage der Familie **g e s i c h e r t** werden, so zielt dieser Familienschutz nicht auf den Ertrag des Vermögens ab, sondern auf die Erhaltung seines Bestandes.

Auf das Nettovermögen und damit auf eine Rechnungsgröße kann der Verfügungsbegriff nicht bezogen werden. Schulz-Kersting und Mülke ¹⁾ weichen daher auf einen wertmäßigen Verfügungsbegriff aus und wenden § 1365 auf alle Rechtshandlungen an, die den Gesamtwert des Vermögens ausschöpfen. Dazu gehören auch Verpflichtungsgeschäfte wie z.B. Bürgschaft, Schuldübernahme usw. Wollte man die Verpflichtungsfähigkeit einer Person von der (nach außen nicht erkennbaren) Höhe ihres Nettovermögens abhängig machen, so würde eine untragbare Rechtsunsicherheit eintreten. Diese Auffassung hat schon das Reichsgericht in einer Entscheidung zu § 1444 a.F., dem Vorgänger des § 1365 ²⁾, vertreten ³⁾.

1) Schulz-Kersting JR 1959, 136 f.; Mülke AcP 161, 141 ff.

2) Amtl. Begründung S. 41 des Entwurfs eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts, Drucksache 224 des deutschen Bundestags, 2. Wahlperiode 1953.

3) RG Z 54, 285

Auch die Zielrichtung des § 1365, die Familie durch Erhaltung der Vermögenssubstanz ¹⁾ zu schützen, verträgt keine Ausweitung des Genehmigungserfordernisses auf Verpflichtungsgeschäfte.

Einen Schritt weniger weit gehen die Autoren ²⁾, die das Aktivvermögen als Vermögen im Sinne des § 1365 begreifen, aber nur solche Geschäfte für zustimmungsbedürftig erklären, die das Nettovermögen erschöpfen. Das Nettovermögen als Rechnungswert wird nicht beeinträchtigt, wenn eine gleichwertige Gegenleistung erbracht wird; denn der Anspruch auf die Gegenleistung und die Verpflichtung des Ehegatten entstehen zu demselben Zeitpunkt. Zieht man daraus die Konsequenz, § 1365 auf entgeltliche Geschäfte nicht anzuwenden, so begibt man sich in Widerspruch zur Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. § 1444 a.F. erfaßte, wie die Sonderregelung für unentgeltliche Geschäfte in § 1446 a.F. zeigt, entgeltliche Geschäfte. Dasselbe gilt für das Modell des § 419, an dem sich die Rechtsprechung zu § 1365 orientiert ³⁾. In § 1365 Abs. 2 werden an die Zustimmung des anderen Ehegatten auch solche Rechtsgeschäfte gebunden, die einer ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechen, also regelmäßig Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen garantieren. Danach muß von der Berücksichtigung der Gegenleistung und der damit in Zusammenhang stehenden Verwendung des Nettovermögensbegriffs im Rahmen des § 1365 abgesehen werden. Vermögen im Sinne dieser Vorschrift ist die Summe der Aktiven. Da nur Aktiv-

1) Vgl. Fußn. 3 auf Seite 10 dieser Arbeit

2) Riedel RPfl 1961, 266; Sichter mann Betr. 1959, 163

3) Auf § 419 kann nur sehr vorsichtig Bezug genommen werden; schon RG DR 1912 Nr. 203 hat eingeräumt, daß unter gewissen Voraussetzungen die Gegenleistung im Rahmen des § 419 Berücksichtigung finden könne. BGH Z 33, 123 hat diese Überlegung als beachtenswert anerkannt. Zustimmung auch: Erman-Westermann § 419 Anm. 3; Deutsch, Voraussetzungen und entscheidender Zeitpunkt der Vermögensübernahme (§ 419 BGB) - BGH Z 33, 123, JuS 1963, 178 ff. (179)

vermögen nach sachenrechtlichen Grundsätzen gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten werden kann, bietet § 1365 eine Stütze für die vertretene Ansicht ¹⁾.

IV. Der Verfügungsbegriff in § 1365

1. "Verfügung" im allgemeinen und juristischen Sprachgebrauch

Das BGB enthält keine Definition der "Verfügung" ²⁾, und auch die Materialien geben keinen näheren Aufschluß über den Inhalt dieses Begriffes.

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff der Verfügung in sehr weitem Sinne gebraucht. Er erfaßt Anordnungen beliebigen Inhalts und wird sogar auf bloße Tathandlungen angewandt, die auf einen Gegenstand bezogen sind ³⁾.

Im Bereich der Rechtswissenschaft wird dem Begriff der Verfügung unterschiedliche Bedeutung zugemessen. Der Verfügungsbegriff des Strafrechts ergreift alle Vermögensdispositionen, unabhängig von ihrer Rechtsnatur ⁴⁾. Im öffentlichen Recht kennzeichnet man mit dem Verfügungsbegriff eine bestimmte Art von Verwaltungsakten, diejenigen nämlich, welche ein Gebot oder Verbot aussprechen ⁵⁾; auch Anordnungen im innerdienstlichen Bereich werden als Verfügungen verstanden ⁶⁾. Wieder einen anderen Inhalt hat

1) Dölle § 52 I vor 1 mwN; Westermann, Handbuch Rz. 96

2) Der Begriff der Verfügung wurde erst durch das BGB eingeführt (Mot. I 128); das gemeine Recht kannte nur Veräußerung und Verzicht, die beide auf Savigny (System IV S. 24, 544) zurückgehen.

3) Flume § 11, '5 a

4) Schönke-Schröder, Kommentar zum StGB (12. Aufl., München und Berlin 1965), § 263 Anm. 40 f.

5) H.J. Wolff, Verwaltungsrecht Bd. I (6. Aufl., München und Berlin 1965), § 47 I a

6) H.J. Wolff, VerwR I § 46 VII b

der Verfügungsbegriff, der den §§ 135, 137, 161, 185, 816, 893 zugrundeliegt. In diesen Vorschriften bedeutet "Verfügung" ein Rechtsgeschäft, durch welches mit unmittelbarer Wirkung ein subjektives Recht übertragen, belastet, aufgehoben oder in seinem Inhalt geändert wird ¹⁾. Eine Erweiterung auf alle möglichen wirtschaftlichen Vermögensdispositionen wird von Rechtsprechung und Lehre an keiner Stelle vertreten ²⁾.

2. "Verfügung" im Sinne des § 1365

§ 1365 bestimmt zum Schutze der Familie und zur Sicherung des späteren Zugewinnausgleichs ³⁾, daß jeder Ehegatte über sein Vermögen im ganzen nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten verfügen kann. Über das Ausmaß dieser güterrechtlichen Mitbestimmung haben sich unterschiedliche Meinungen gebildet. Da die Erweiterung oder Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 1365 weitgehend von dem Verständnis des Verfügungsbegriffs abhängt, ist die Auslegung dieses Begriffs zu einem Kernproblem geworden.

Nach überwiegender Ansicht ⁴⁾ umfaßt der Begriff der "Verfügung" in § 1365 alle Rechtsgeschäfte, durch die eine unmittelbare Einwirkung auf subjektive Rechte erfolgt (rechtstechnischer Verfügungsbegriff).

1) BGH Z 1, 304; Staudinger-Coing Einl. 63 vor § 104; RGRK-Scheffler § 1365 Anm. 23; Flume § 11, 5 a; v. Tuhr Bd. II 1 S. 238

2) De la Motte S. 64 u. S. 72 FuBn. 166 verweist darauf, daß mitunter (z.B. für die Restkaufpreishypothek bei § 1821 Nr. 1) der Kreis der geregelten Verfügungen eingeschränkt werde. Dies geschieht aber in Form der Beschränkung des Anwendungsbereichs der Norm, nicht durch Abweichung von dem herkömmlichen Begriff der Verfügung

3) Vgl. die Nachweise S. 10 FuBn. 3

4) BGH Z 35, 135 ff; Staudinger-Felgenträger § 1365 Anm. 59; Soergel-Siebert-Vogel § 1365 Anm. 15; Erman-Bartholomeyczik § 1365 Anm. 5 b aa; Palandt-Lauterbach § 1365 Anm. 2, jeweils mit weiteren Nachweisen.

Die Bedeutung des § 1365 bleibt auf den rechtsgeschäftlichen Bereich beschränkt.

Die Vertreter einer starken Mindermeinung ¹⁾ sprechen sich für eine weitergehende wirtschaftliche Auslegung aus. Der Zweck des § 1365 - der Schutz der materiellen Lebensgrundlage der Familie - sei wirtschaftlicher Natur, deshalb müsse man sich bei der Auslegung des Verfügungsbegriffs an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientieren. "Verfügung" ist nach dieser Ansicht - unabhängig von der Rechtsnatur - jede Verwaltungsmaßnahme, die darauf abzielt, verändernd auf das Vermögen im ganzen einzuwirken (wirtschaftlicher Verfügungsbegriff) ²⁾.

Für beide Verfügungsbegriffe ergeben sich Anhaltspunkte in der gesetzlichen Regelung:

Für den wirtschaftlichen Verfügungsbegriff werden die §§ 1364, 1365 I 2 herangezogen. Nach § 1364 sei der Ehegatte in der Verwaltung seines Vermögens beschränkt, die auch durch Maßnahmen nichtrechtsgeschäftlicher Natur geschehe. § 1365 I 2 gebrauche den Ausdruck der Erfüllungshandlung und gehe damit über den Begriff der Verfügung im rechtstechnischen Sinne hinaus. Von diesem herkömmlichen Verfügungsbegriff müsse man im Rahmen des § 1365 schließlich deshalb absehen, weil "Verfügung" in bezug zu dem "Vermögen im ganzen" gesetzt sei. Die Unmöglichkeit einer dinglichen Gesamtverfügung schließe es aus, "Verfügung" im Sinne des § 1365 rechtstechnisch zu verstehen ³⁾.

-
- 1) Schulz-Kersting JR 1959, 136 f.; Mülke AcP 161, 141 ff.; Boesebeck Betr. 1958, 1147; Fischer NJW 1960, 939; Reinicke BB 1960, 1002
 - 2) Westermann, Handbuch Rz. 96; Tilkorn S. 67; Tiedau MDR 1961, 723; vgl. auch Fischer NJW 1960, 939
 - 3) Schulz-Kersting JR 1959, 136 f.; Mülke AcP 161, 141 ff

§§ 1364, 1365 I 2 werden aber auch zugunsten des rechtstechnischen Verfügungsbegriffs angeführt: Der Ehegatte sei nach § 1364 in der Verwaltung seines Vermögens nur "nach Maßgabe der folgenden Vorschriften" beschränkt; diese aber enthielten nur eine Regelung im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit. § 1365 I 2 gebrauche den Ausdruck "Erfüllung einer Verpflichtung", meine aber nur die in Satz 1 beschriebene Verpflichtung zu einer Verfügung über das Vermögen im ganzen ¹⁾.

Eben diese Gesetzesfassung erfordere es auch nicht, einen wirtschaftlichen Verfügungsbegriff zu § 1365 zu entwickeln. Zwar sei das Vermögen kein Recht, über das im rechtstechnischen Sinne "verfügt" werden könne; doch könne "Verfügung über das Vermögen" als Sammelbezeichnung für mehrere, auf einem einheitlichen Verpflichtungsgeschäft beruhende Verfügungen verstanden werden ²⁾.

Für die Annahme des rechtstechnischen Verfügungsbegriffs spricht die Sanktion, die bei fehlender Zustimmung des Ehegatten eingreift; die Rechtsfolge der Unwirksamkeit kann sinnvollerweise nur auf Rechtsgeschäfts bezogen werden ³⁾. In die gleiche Richtung weist die Terminologie des BGB: in den §§ 135, 137, 161, 185, 816, 893 ist "Verfügung" übereinstimmend im rechtstechnischen Sinne gebraucht ⁴⁾. Daher spricht zunächst eine Vermutung dafür, auch im Rahmen des § 1365 von diesem Verfügungsbegriff auszugehen ⁵⁾. So ließe

1) Gernhuber § 35 II 1 = S. 328 Fußn. 1; de la Motte S. 65; Tilkorn S. 40

2) BGH BB 1965, 397 f.

3) Im Ergebnis zustimmend: Gernhuber § 35 II 1

4) Nach Flume § 11, 5 c hat der Begriff der Verfügung seinen Sinn ausschließlich darin, daß Rechtsgeschäfte, die Verfügungen sind, zu ihrer Wirksamkeit die Verfügungsmacht des Verfügenden voraussetzen.

5) RG Z 135, 1-20; Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung (2. Aufl., Frankfurt 1960), S. 19 ff.

sich für den rechtsgeschäftlichen Bereich ein umfassender Schutz des Aktivvermögens ¹⁾ erzielen: Der Ehegatte ist gegen einseitige Minderungen des Gesamtvermögens, die unmittelbar nur durch Verfügungen im rechtstechnischen Sinne erfolgen können, geschützt; die Bindung auch des Verpflichtungsgeschäfts ²⁾ vervollständigt den Schutz des Ehegatten, der bei Wirksamkeit der eingegangenen Verpflichtung zur Verfügung die Erfüllung im Wege der Zwangsvollstreckung hinnehmen müßte.

Ergebnis: Gesetzessystematik und Sanktion der Unwirksamkeit sprechen für eine Verwendung des rechtstechnischen Verfügungsbegriffs auch in § 1365. Dieser Ausgangspunkt liegt der weiteren Untersuchung zugrunde.

V. Die Bedeutung des § 1365 für das Gesellschaftsrecht

1. Anwendbarkeit der Vorschrift bei Zugrundelegung der zuvor entwickelten Begriffe "Vermögen" und "Verfügung"

§ 1365 erfaßt seinem Wortlaut nach auch im Bereich des Gesellschaftsrechts Verfügungen, die das Vermögen im ganzen ergreifen. Die Einbringung des gesamten Vermögens in eine OHG könnte eine solche Verfügung darstellen; nach dem Erwerb der Beteiligung könnten Rechtsgeschäfte über sie der Zustimmung des Ehegatten bedürfen, um Wirksamkeit zu erlangen. Ob die Einbringung des Vermögens in eine OHG dem Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten unterliegt, ist nach dem Sinn und Zweck des § 1365 zu entscheiden. Die Übertragung von Vermögensgegenständen auf die Gesellschaft ist

-
- 1) Dem wirtschaftlichen Verfügungsbegriff, wie ihn insbesondere Schulz-Kersting JR 1959, 136 f. und Mülke AcP 161, 141 ff. begreifen, entspricht wohl eher der zu § 1365 bereits abgelehnte Begriff des Nettovermögens
 - 2) Tilkorn S. 38; Gernhuber § 35 I 5 und de la Motte S. 31 halten dagegen die Bindung des Verpflichtungsgeschäftes für primär.

eine Verfügung, deren Besonderheit darin besteht, daß der Ehegatte an seinem eingebrachten Vermögen als Gesamthänder beteiligt bleibt. Das Wertverhältnis zwischen Einlage und Beteiligung sowie der Inhalt gesellschaftsvertraglicher Abfindungsregelungen können möglicherweise für die Zustimmungsbedürftigkeit der Einbringung Bedeutung gewinnen.

Bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages ist es noch schwieriger, die Grenzen des § 1365 abzustecken. Angesichts der Vielfalt möglicher Vereinbarungen ist eine einheitliche Beurteilung nahezu ausgeschlossen: Änderungen des Gesellschaftsvertrages können rein technische Fragen wie z.B. die Wahl der Firma oder die Bestimmung des Sitzes der Gesellschaft betreffen. Sie können das personenrechtliche Verhältnis der Gesellschafter zueinander regeln, aber auch unmittelbar auf die Beteiligung eines oder mehrerer Gesellschafter als Vermögensrecht Bezug nehmen. Die Doppelnatur ¹⁾ der Mitgliedschaft in der OHG als Mitgliedschaftsrecht und Vermögensrecht macht die Subsumtion unter die vermögensrechtliche Beschränkung des § 1365 nicht leichter.

Bei der Kündigung von Gesellschaftsverträgen kann für die Anwendung des § 1365 erheblich sein, ob die Auflösung der Gesellschaft oder nur das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters als Folge eintritt. Neben der Rechtsfolge der Kündigung, die für ihre Beurteilung als Verfügung wichtig erscheint, ist zu untersuchen, ob die Lösung persönlicher Bindungen durch Ausscheiden aus der OHG von der Zustimmung unbeteiligter Dritter abhängig gemacht werden kann.

1) BVerfG E 14, 278 (Feldmühle-Urteil); die für die Beteiligung an einer Aktiengesellschaft entwickelten Grundzüge gelten für die Beteiligung an einer OHG erst recht.

2. Die Problematik aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

Versteht man die Begriffe "Vermögen" und "Verfügung" in dem zuvor geschilderten Sinn, so ist eine Vielzahl von Geschäften im gesellschaftlichen Bereich nur mit Zustimmung des außenstehenden Ehegatten wirksam.

a) Die Folgen des § 1365 im gesellschaftlichen Bereich

Die Einbringung des Vermögens in eine OHG geschieht nach den Vorschriften, die für die Übertragung auf ein anderes Rechtssubjekt gelten ¹⁾. Der Wechsel der Zuordnung weist den Übertragungsakt als Verfügung aus ²⁾. § 1365 wäre demnach anzuwenden.

Mehr Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob auch die Kündigung eines Gesellschaftsvertrages Verfügung im rechtstechnischen Sinne ist. Die Frage läßt sich nicht schon deshalb bejahen, weil die Kündigung Gestaltungsrecht ist, die Ausübung also gleichzeitig das Erlöschen des Rechts bewirkt. Vielmehr ist die Ausübung eines Gestaltungsrechts durch einseitige Erklärung nur dann als Verfügung im rechtstechnischen Sinne zu beurteilen, wenn sie unmittelbar auf ein Recht des Erklärenden einwirkt ³⁾. Als Recht des kündigenden Gesellschafters kommt nicht der Gesellschaftsvertrag oder das Gesellschaftsverhältnis, sondern allein die dingliche Gesamthandsbeteiligung in Betracht; sie ist, soweit sie dem gesamten Vermögen gleichkommt, Schutzobjekt des § 1365 und Bezugspunkt für Verfügungen im Sinne dieser Vorschrift.

-
- 1) Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 32; Weipert § 105 Anm. 42; Baumbach-Duden § 124 Anm. 6 A; Wiedemann S. 258
 - 2) Die Verfügung führt idR zu einer Zuordnungsänderung, das ist aber nicht begriffsnotwendig (vgl. die Ausübung der Gestaltungsrechte): Erman-Westermann Einl § 104 Anm. 6; Flume § 11, 5
 - 3) Flume § 11, 5 d

Wenn der Gesellschaftsvertrag als Folge der Kündigung das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters aus der Gesellschaft bestimmt, führt die Ausübung des Gestaltungsrechts zur Umwandlung der dinglichen Gesamthandsbeteiligung in einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch. Die Beteiligung an der Gesellschaft erlischt.

Wenn die Kündigung die Auflösung der Gesellschaft bewirkt, beläßt sie dem kündigenden Gesellschafter zunächst seine dingliche Beteiligung an dem Gesamthandsvermögen. Sie verändert jedoch den Gesellschaftszweck, indem sie die weitere Tätigkeit der Gesellschafter auf die Vornahme der Liquidation beschränkt. Mit dieser Veränderung des Gesellschaftszwecks ist eine inhaltliche Umgestaltung der dinglichen Gesamthandsbeteiligung des kündigenden Gesellschafters verbunden. Die Kündigung ist somit Verfügung im rechtstechnischen Sinne, weil sie die dingliche Gesamthandsbeteiligung des kündigenden Gesellschafters entweder aufhebt oder umgestaltet.

Auch Änderungen des Gesellschaftsvertrages können, gleichgültig, ob sie die Beteiligung insgesamt oder nur einzelne in ihr vereinigte Rechte betreffen, als inhaltliche Änderungen der dinglichen Gesamthandsbeteiligung Verfügungen im rechtstechnischen Sinne sein.

b) Die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts

Die Darstellung unter a) zeigt, in welchem Ausmaß die familienrechtliche Vorschrift des § 1365 auch Rechtsverhältnisse in Gesellschaften zu beeinflussen droht. Die Vertragspraxis bemüht sich, diese güterrechtlichen Auswirkungen von den Gesellschaften fernzuhalten, und empfiehlt, wenn nicht den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft überhaupt, so doch wenigstens die Geltung des § 1365 auszuschließen ¹⁾.

Die Personengesellschaften des HGB, OHG und KG, sind aus der BGB-Gesellschaft entwickelt worden, um eine den Anforderungen

1) Boesebeck Betr. 1958, 1147; vgl. zu den Möglichkeiten ehevertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen auch Tiedau DNotTag 1961, 127 f.

des Wirtschaftsverkehrs genügende Handlungsfähigkeit zu erreichen. Eine gewinnbringende unternehmerische Tätigkeit ist heute nur noch möglich, wenn die Bewegungen von Markt und Konjunktur schnell in unternehmerische Entscheidungen umgesetzt werden können. Die gesetzliche Regelung bietet die dazu notwendige organisatorische Grundlage. Die OHG ist nach § 126 HGB durch jeden ihrer Gesellschafter voll handlungsfähig. Die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks macht einen gewissen Bestandsschutz des Unternehmens erforderlich und tendiert damit zu einer Trennung des Gesellschaftsverhältnisses von der privaten Rechtssphäre der einzelnen Gesellschafter. Es stände zu dieser Tendenz in Widerspruch, wenn Zustimmungserfordernisse aus der privaten Sphäre das Gesellschaftsverhältnis berühren und über § 1365 sogar Änderungen des Gesellschaftsvertrages ergreifen könnten.

c) Der Gegensatz zwischen Familieninteressen und Gesellschaftsinteressen

Die Bindung des Ehegatten bei Rechtsgeschäften über sein gesamtes Vermögen mag im Interesse des Familienschutzes zweckmäßig sein. Für die Gesellschaft ist sie gefährlich, weil sie die unternehmerische Eigenständigkeit des Gesellschafters bedroht, seine Entschluß- und Handlungsfreiheit lähmt und damit die Aktionsfähigkeit der OHG blockieren kann. Der Einfluß außenstehender Dritter auf Änderungen des Gesellschaftsvertrages, der Grundlage der OHG, begegnet zusätzlichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Autonomie ¹⁾ der

1) Die Autonomie der Gesellschafter verwirklicht das Prinzip der Selbstbestimmung und findet ihre Anerkennung in Art. 2 GG. Sie gestattet die Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses nach dem Willen der Gesellschafter (Flume, Festschrift 100 Jahre dt. Rechtsleben Bd. I Karlsruhe 1960, S. 135 ff. (136); Weipert § 105 Anm. 49; § 109 Anm. 2 u. 3; Hueck, GesR § 15 I). Sie ist von der Satzungsautonomie, die

Gesellschafter und des personenrechtlichen Charakters des Gesamthandverhältnisses. Schließlich kann die Sanktion der Unwirksamkeit auf Gesellschaftsverträge nur schwerlich angewandt werden. Die Interessen des Rechtsverkehrs gebieten, an dem Faktum der in Vollzug gesetzten und im Wirtschaftsleben tätig gewordenen OHG nicht vorbeizugehen ¹⁾. Das Dilemma spiegelt sich in der Stellungnahme von Tiedau ²⁾ deutlich wider: Das Vermögen könne durch Einbringen in eine Gesellschaft der Beschränkung des § 1365 nicht entzogen werden. Die Anwendung dieser Vorschrift dürfe aber auch nicht dazu führen, daß der Rechtsverkehr auf dieser Ebene gelähmt und jede Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung von der

Rechtssetzung bedeutet (H.J. Wolff, Verwaltungsrecht Bd. II (2. Aufl., München und Berlin 1967) § 86 VII 2 b zu unterscheiden; Savigny, System I S. 12 Nr. 3. In der Privatautonomie ist kein materieller Rechtsgedanke verwirklicht. Vielmehr gilt der Satz: stat pro ratione voluntas (Flume, Festschrift 100 Jahre dt. Rechtsleben Bd. I S. 141, 142). Die Privatautonomie steht den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit zu: sie findet als gemeinschaftsbezogener Wert (Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (16. Aufl., Berlin 1966) § 24 II; Flume § 1, 10) ihre Grenze an den Normen der Rechtsordnung (vgl. zur Grenzziehung Westmacker, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441 ff. (443 f.); Flume, Festschrift 100 Jahre dt. Rechtsleben Bd. I S. 143 ff.). Darin liegt keine Einschränkung im eigentlichen Sinne, da Privatautonomie nur innerhalb der Zivilrechtsordnung besteht (Flume, Festschrift 100 Jahre dt. Rechtsleben Bd. I S. 136 f.). Die Beschränkung des § 1365 trifft den Gesellschafter als Einzelrechtssubjekt. Das erschwert es, das Verhältnis des § 1365 zur Privatautonomie festzustellen.

- 1) Zur allgemeinen Problematik unwirksamer Gesellschaftsverträge vgl. Hueck, OHG § 7 (insb. III); Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage (Münster 1957); Westermann, Handbuch Rz. 755 ff., 759 ff.
- 2) Tiedau MDR 1959, 253

Zustimmung des Ehegatten abhängig gemacht werde ¹⁾).

§ 3: Die Anwendbarkeit des § 1365 im Gesellschaftsrecht - Übersicht über den Streitstand

Die Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum sind geteilt. Im wesentlichen haben sich zwei Gruppen herausgebildet, von denen die eine die Anwendung des § 1365 im Gesellschaftsrecht weitgehend ausschließt, während die andere dem Schutz der Familie den Vorrang vor den durch § 1365 bedrohten Interessen der Gesellschaft einräumt und daher grundsätzlich für einen weiten Anwendungsbereich dieser Vorschrift eintritt.

I. Die Anwendbarkeit auf die Einbringung des Vermögens in eine OHG

1. Die Einbringung als Verfügung über das Vermögen im ganzen - Darstellung der bisherigen Auffassungen

a) Die auf dem rechtstechnischen Verfügungsbegriff aufbauen- de herrschende Lehre

Die Rechtsprechung des BGH ²⁾ geht von dem Wortlaut des § 1365 aus und knüpft an den rechtstechnischen Begriff der Verfügung an. Kriterium der Verfügung sei die unmittelbare rechtsgeschäftliche Einwirkung auf ein bestehendes Recht. Da mit der Übertragung des Vermögens auf eine OHG die Alleinzuständigkeit des bisherigen Inhabers in eine Gesamthandszuständigkeit umgewandelt wird und damit ein Wechsel in der

1) Das eigentliche Problem sieht Tiedau darin, eine interessengerechte Abwägung von Familienschutz und Verkehrsschutz vorzunehmen: DNotTag 1961, 103
Bosch, Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht, FamRZ 1958, 81 ff. (86), warnt davor, jede gesellschaftliche Vereinbarung "durch den Filter des Familienrechts" zu zwingen.

2) BGH Z 35, 135 ff.

dinglichen Zuordnung eintritt, kann nach dieser Ansicht der Beitritt nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten wirksam erfolgen. Ein Teil der Lehre ¹⁾ übernimmt den rechtstechnischen Verfügungsbegriff als Ansatzpunkt der Rechtsprechung und unterwirft ebenfalls den Beitritt zu einer OHG dem Zustimmungserfordernis des § 1365.

b) Die auf einem wirtschaftlichen Verfügungsbegriff aufbauende Gegenmeinung

Die Vertreter des Schrifttums wenden sich in ihrer Mehrzahl gegen den Versuch, den Anwendungsbereich des § 1365 von dem rechtstechnischen Verfügungsbegriff her zu bestimmen. Dieser herkömmliche Verfügungsbegriff sei lediglich ein Ordnungsbegriff im Sinne der Interessenjurisprudenz, dessen Sinn sich in der technischen Erleichterung der Aufgabe des Gesetzgebers erschöpfe ²⁾. Die Überführung des Vermögens in die Gesamthandszuständigkeit beeinträchtige als bloße Veränderung der rechtlichen Gestalt die materielle Sicherstellung der Familie nicht; denn auch eine Gesellschaftsbeteiligung könne mit ihren Erträgen und ihrer Verwertbarkeit als wirtschaftliche Grundlage einer Familie dienen ³⁾.

-
- 1) Staudinger-Felgenträger § 1365 Anm. 59; Soergel-Siebert-Vogel § 1365 Anm. 15; Erman-Bartholomeyczik § 1365 Anm. 5 b aa; Palandt-Lauterbach § 1365 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 55 a; Dölle § 52 I 1; Gernhuber § 35 II 11; Buchwald-Tiefenbacher S. 103 Note 6; Wiedemann S. 259 - 261; Beitzke Betr. 1961, 23; Eiselt JZ 1960, 563; Haegeler FamRZ 1964, 598; Tubbesing BB 1966, 830; ebenso die Dissertationen von Kemper S. 63 f.; de la Motte S. 137; Mülke S. 93 und Ollig S. 93 ff.
 - 2) Rittner FamRZ 1961, 11 Fußn. 143; wenn Rittner S. 17 dennoch auf den Beitritt zu einer OHG § 1365 anwendet, so geschieht dies aus der Überlegung, daß die Einbringung z.B. eines Unternehmens nicht anders behandelt werden dürfe als dessen Veräußerung. Er selbst redet einer Analogie das Wort, wenn die Einbringung "dem Gesamtgeschäft in der spezifischen Weise rechtsähnlich sei": DNotTag 1961, 137
 - 3) Boesebeck Betr. 1958, 1147; Fischer NJW 1960, 939

Die Vertreter dieser Gegenmeinung ¹⁾, die § 1365 auf den Beitritt zu einer OHG nur in Ausnahmefällen anwenden wollen, geben eine vorwiegend wirtschaftliche Begründung: Dem Ehegatten verbleibe bei der Einbringung seines Vermögens in die Gesellschaft, ähnlich wie bei einer Bruchteilsübertragung, wirtschaftlich zumindest ein Teil seines Eigentums in Gestalt seiner Gesamthandsbeteiligung. Er verfüge daher (wertmäßig) nicht über sein gesamtes Vermögen.

Das Abstellen auf Veränderungen des Vermögenswertes führt zu einem Neuverständnis des Verfügungsbegriffes in § 1365: Fischer ²⁾ gibt zu, daß die Einbringung sich rechtlich auf das Gesamtvermögen beziehe, hält aber für ausschlaggebend, daß wirtschaftlich die Verfügung nur die Quote betreffe, mit der die anderen Gesellschafter an der OHG beteiligt seien.

Tiedau ³⁾ will bei Wertgleichheit von Einlage und Beteiligung aus wirtschaftlichen Motiven das Vorliegen einer Verfügung verneinen.

Tilkorn ⁴⁾ begreift als Verfügung im Sinne des § 1365 alle Rechtsgeschäfte, durch die dem Vermögen mit unmittelbarer Wirkung der wirtschaftliche Wert genommen wird.

Diese Autoren zählen den Beitritt zu einer OHG nicht zu den zustimmungspflichtigen Geschäften, weil sie dafür die unmittelbare Einwirkung auf den Vermögenswert verlangen. Sie wenden § 1365 aber dann an, wenn die Einbringung wegen un-

1) Boesebeck Betr. 1958, 1147; Fischer NJW 1960, 939; Haegelle, GmbH und Verfügungsbeschränkungen der Zugewinnngemeinschaft, GmbHRdsch 1965, 187 ff. (189); Reinicke BB 1960, 1002; Tiedau MDR 1959, 254 u. MDR 1961, 724; Tilkorn S. 66 ff., 80; ähnlich: Soergel-Siebert-Schultze v. Lasaulx § 705 Anm. 9

2) Fischer NJW 1960, 939 mH auf RG Gruchot 53, 982

3) Tiedau MDR 1961, 723; ders. DNotTag 1961, 110

4) Tilkorn S. 67

verhältnismäßig niedriger Beteiligung einer sofortigen Vermögenspreisgabe oder als Folge besonderer Auseinandersetzungsvereinbarungen einer künftigen Vermögensaufgabe gleichkommt. Ein einheitlicher Maßstab, nach dem die Zustimmungsbedürftigkeit im Falle weniger einschneidender Abfindungsklauseln zu Lasten des Ehegatten zu beurteilen wäre, konnte allerdings nicht aufgestellt werden ¹⁾.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise wird zusätzlich auf die Rechtsprechung zu § 419 gestützt, die bei Einbringung des Vermögens in eine OHG die Haftung der Gesellschaft aus § 419 unter Hinweis auf ihre fehlende Rechtspersönlichkeit abgelehnt hat. Das eingebrachte Vermögen gehe auf kein anderes Rechtssubjekt über, sondern verbleibe dem bisherigen Inhaber, wenn auch nunmehr in gesamthänderischer Bindung ²⁾.

2. Die Rechtsfolgen bei fehlender Zustimmung

Fehlt bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrages die nach § 1365 erforderliche Zustimmung des Ehegatten und wird sie nicht nachträglich erteilt oder durch das Vormundschaftsgericht ersetzt, so ist der Gesellschaftsvertrag nach § 1366 unwirksam. Logische Folge dieses Gründungsmangels wären Nichtigkeit des Vertrages und Auseinandersetzung der Gesellschaft nach den allgemeinen Grundsätzen. Nun besteht aber die Möglichkeit, daß der Vertrag trotz seiner Mängel tatsächlich durchgeführt worden ist: die Gesellschaft ist bereits im Handelsregister eingetragen, die Gesellschafter haben ihre Bei-

-
- 1) Nach Boesebeck Betr. 1958, 1147 ist § 1365 schon anzuwenden, wenn der Gesellschaftsvertrag eine nachteilige Abfindungsklausel enthält, Fischer NJW 1960, 939 und Reinicke BB 1960, 1004 ziehen diese Konsequenz für wirtschaftlich einschneidende und ungewöhnliche Klauseln, Tiedau MDR 1961, 724 und Tilkorn S. 66 ff. (75) erst für Bestimmungen "kassatorischen Inhalts".
 - 2) BGH BB 1954, 700; zustimmend: Soergel-Siebert-Reimer Schmidt § 419 Anm. 7; Erman-Westermann § 419 Anm. 7; Palandt-Danckelmann § 419 Anm. 2 a

träge geleistet ¹⁾ und sind im Rechtsverkehr für die OHG aufgetreten. Ein mehr oder minder umfangreicher Geschäftsverkehr ist abgewickelt worden. Es ist heute anerkannt, daß die Rechtsordnung eine derartige tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse nicht unberücksichtigt lassen kann. Rechtsprechung und Lehre schließen daher die rückwirkende Geltendmachung der Nichtigkeit aus und erkennen den tatsächlich geschaffenen Zustand für die Zwecke der Auseinandersetzung an, es sei denn, daß überwiegende Interessen der Allgemeinheit oder schutzwürdiger Dritter die Nichtigkeit zwingend erfordern ²⁾. Bei fehlender Zustimmung nach § 1365 besteht ein Spannungsverhältnis zwischen den nach Beachtung der Nichtigkeitssanktion strebenden Interessen des übergangenen Ehegatten und der Familie sowie der nach rechtlicher Anerkennung drängenden, tatsächlich erfolgten Gesellschaftsbildung. Praktische Bedeutung gewinnt dieser Interessenkonflikt für die Frage, ob der Gesellschafter-Ehegatte nach § 128 HGB in Anspruch genommen werden kann.

Eine höchstrichterliche Entscheidung dieser Streitfrage steht aus; die Äußerungen des Schrifttums sind nicht einheitlich:

Fischer, Schippel und Tubbesing ³⁾ geben den Interessen des übergangenen Ehegatten den Vorrang und lehnen die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft grundsätzlich ab. Der in § 1365 angeordnete Schutz der Familie setze sich

-
- 1) Sachen und Rechte auf die Gesellschaft übertragen, die Aufgaben als Geschäftsführer wahrgenommen usw.
 - 2) Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62 ff.; Staudinger-Keßler § 705 Anm. 81 ff.; Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage S. 59 ff.; Haupt-Reinhardt S. 70 ff.; Hueck, OHG § 7 vor I, III
 - 3) Fischer NJW 1960, 938; Schippel DNotZ 1961, 29; Tubbesing BB 1966, 832

gegen die Überlegungen durch, die zu der rechtlichen Anerkennung der fehlerhaften Gesellschaft geführt hätten. Man müsse eine Umgehung des § 1365 durch dieses Rechtsinstitut vermeiden. Ferner wird die Rechtsprechung zum Minderjährigenrecht für § 1365 entsprechend herangezogen: Wenn den Interessen des Minderjährigen der Vorrang vor den Interessen seiner Vertragspartner gebühre, müsse das gleiche für den Ehegatten gelten, den § 1365 gegen den an der OHG beteiligten Ehegatten und dessen Vertragspartner ¹⁾ schütze.

Geßler, Wiedemann und de la Motte ²⁾ treten dafür ein, auch im Falle der Nichtigkeit aus § 1365 von den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft auszugehen ³⁾. Doch müsse beachtet werden, daß der Ehegatte - anders als der Minderjährige - voll geschäftsfähig sei und deshalb für den von ihm verursachten Rechtsschein eintreten müsse. § 128 HGB finde auf den Ehegatten uneingeschränkt Anwendung. Die genannten Autoren stützen dieses Ergebnis zusätzlich durch die Überlegung, daß auch bei Einbringung nur eines Vermögensbruchteils die gesellschaftliche Haftung nach § 128 HGB eingetreten wäre, ohne daß der außenstehende Ehegatte dies gemäß §§ 1365, 1368 hätte verhindern können.

Differenzen bestehen über die Formen der Auseinandersetzung: de la Motte ⁴⁾ sieht das wesentliche Merkmal des Familienschutzes in der dinglichen Unwirksamkeit der Vermögensübertragung. Diese werde durch Zeitablauf nicht geheilt, und

1) Mißverständlich Fischer NJW 1960, 938 Fußn. 12

2) Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62 I; Wiedemann S. 261 f.; de la Motte S. 150

3) Für eine Anpassung entsprechend den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft tritt auch Fischer aaO ein für Abfindungsklauseln, die nach § 1365 nichtig sind, aber wegen § 139 die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages unberührt lassen.

4) De la Motte S. 150

auch eine Reduktion der Nichtigkeitsfolgen könne nicht erfolgen, so daß der Ehegatte hinsichtlich der eingebrachten Gegenstände jederzeit den Eigentumsherausgabeanspruch nach §§ 985, 1368 oder ersatzweise entstandene Bereicherungsansprüche geltend machen könne. Im übrigen könne die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages nur für die Zukunft berücksichtigt werden. Geßler und Wiedemann ¹⁾ lehnen jede Erstreckung der Nichtigkeitsfolgen auf die Vergangenheit ab und geben dem übergangenen Ehegatten nur das Recht, das Ausscheiden des an der OHG beteiligten Ehegatten zu verlangen. Diese beiden Autoren wenden uneingeschränkt die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft an. Die Auseinandersetzung hat demnach nach den Vorschriften des Gesellschaftsrechts zu erfolgen, wobei ein eventuell eingetretener Verlust anteilig zu Lasten des Ehegatten anzurechnen wäre.

II. Die Anwendbarkeit auf die Kündigung von Gesellschaftsverträgen

Die Stellungnahmen in Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung des § 1365 auf die Kündigung entsprechen im großen und ganzen dem Standpunkt, der zur Zustimmungsbedürftigkeit der Einbringung des Vermögens in eine OHG eingenommen wurde. Die Tendenz zu einem einheitlichen Lösungsschema ist unverkennbar.

1. Übersicht über die Rechtsprechung

Eine Entscheidung des BGH, ob der an einer OHG beteiligte Ehegatte zu einer wirksamen Kündigung der Zustimmung des außenstehenden Ehegatten bedarf, liegt noch nicht vor. Doch kann seit dem Beschluß vom 28.4.1961 (V ZB 17/60) ²⁾ kein Zweifel daran bestehen, daß nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Kündigung zu den zustimmungspflichtigen Ge-

1) Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62 1; Wiedemann S. 261 f.

2) BGH Z 35, 135 ff.

schäften zu zählen ist ¹⁾. Wird die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft § 1365 unterworfen, wenn der Anteil an dem Nachlaß das Vermögen im ganzen darstellt, so muß das gleiche von der Auseinandersetzung einer Personengesellschaft des HGB gelten ²⁾.

In ähnlicher Weise hat das OLG Köln ³⁾ Stellung genommen. Es hat in seiner Entscheidung vom 11.1.1962 (10 U 154/60) § 1365 in einem Fall angewandt, in dem der Ehegatte aufgrund seiner Kündigung gegen Zahlung der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Abfindung aus der OHG ausscheiden wollte. Die Abfindung wäre nicht zu dem vollen Wert der Beteiligung erfolgt, für den ausscheidenden Ehegatten also nachteilig gewesen. Auf diese Folge der Kündigung hat das OLG abgestellt und - ohne sich im übrigen festzulegen - eine Kündigung, die zum Eingreifen einer nachteiligen Abfindungsregelung führt, für zustimmungsbedürftig erklärt.

1) Der V. Senat hatte unmittelbar nur über die Anwendung des § 1365 auf eine Erbauseinandersetzung zu entscheiden, die in der Weise erfolgte, daß die Miterben ihre Anteile auf einen von ihnen übertrugen, so daß dieser den gesamten Nachlaß erhielt.

Da der V. Senat von dem rechtstechnischen Verfügungsbegriff ausgeht, wird man der Entscheidung entnehmen können, daß § 1365 seinem Wortlaut nach auf alle Fälle der Auseinandersetzung einer Gesamthand anwendbar ist, wenn deren Folge die Umwandlung der dinglichen Beteiligung in einen schuldrechtlichen Auseinandersetzungs- oder Ausgleichsanspruch ist.

3) Die Erbengemeinschaft ist ebenso wie die Personengesellschaft des HGB Gesamthandsgemeinschaft. Der Vorgang der Auseinandersetzung kann daher - auf den rechtstechnischen Verfügungsbegriff bezogen - nur einheitlich beurteilt werden.

3) OLG Köln NJW 1962, 2109 = MDR 1963, 51

2. Übersicht über das Schrifttum

Im Schrifttum stehen sich zwei Meinungen gegenüber, die für die Anwendung des § 1365 auf die Rechtsnatur der Kündigung abstellen und teils von dem rechtstechnischen, teils von einem wirtschaftlichen Verfügungsbegriff ¹⁾ ausgehen. Eine vermittelnde Meinung vertreten einige Autoren, welche die Zustimmungsbedürftigkeit nach den Folgen der Kündigung bestimmen und danach unterscheiden, ob eine Auseinandersetzungskündigung oder eine Ausscheidungskündigung vorliegt.

a) Die Meinung von Reinicke und Boesebeck

Reinicke, dem Tilkorn ²⁾ folgt, lehnt in konsequenter Fortführung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine Anwendung des § 1365 auf die Kündigung ab, gleichgültig, ob sie zur Liquidation der Gesellschaft oder zum Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters führt. Es fehle ein echter Vermögensumsatz, weil der Ehegatte bei der Kündigung das erhalte, was ihm nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag zukomme. Soweit die rechtliche Gestalt des Vermögens verändert werde, sei dies eine Folge des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages, und könne allenfalls für die Zustimmungsbedürftigkeit der Einbringung des Vermögens in die OHG herangezogen werden. Im übrigen ergreife § 1365 nach der herrschenden Lehre diejenigen Rechtsgeschäfte, durch die das Aktivvermögen auf Dritte übertragen werde. Die Kündigung aber sei, unabhängig von ihrer rechtlichen Folge, gerade das Gegenteil eines Veräußerungsgeschäftes; das Vermögen werde aus der Gesamthandsbindung gelöst und wieder dem Individualbereich und damit der Familie zugeführt.

Zum Teil wird von den Vertretern dieser Lehre der Kündigung der Charakter einer Verfügung im Rechtssinne bestritten.

1) Vgl. zu der Bedeutung dieser Verfügungsbegriffe S. 14 ff.

2) Reinicke BB 1960, 1005; Tilkorn S. 89 f.; ebenso: Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 55 c; Sudhoff S. 12

Bei der Auseinandersetzungskündigung fehle jegliche unmittelbare Einwirkung auf die dingliche Vermögenslage ¹⁾. Die Ausscheidungskündigung habe nur die Bedeutung einer Festsetzung des Zeitpunktes, zu dem bestimmte, im Gesellschaftsvertrag festgelegte Folgen eintreten ²⁾. Für den Schutz der Familie genüge es, wenn man zur Wirksamkeit von Auseinandersetzungs- und Abfindungsvereinbarungen die Zustimmung des Ehegatten nach § 1365 verlange ³⁾. Es zeigt sich, besonders deutlich bei Reinicke ⁴⁾, die Tendenz, Normalregelungen zustimmungsfrei zu lassen.

Boesebeck, dem Tiedau und Gernhuber ⁵⁾ folgen, lehnt im Ergebnis ebenfalls die Anwendung des § 1365 auf die Kündigung eines Gesellschaftsvertrages ab. Die Argumentation dieser Autoren bezieht sich auf die Struktur der OHG als Personengesellschaft. Der Schwerpunkt der Kündigung liege in der Lösung persönlicher Bindungen. Mache man die Wirksamkeit der Kündigung von der Zustimmung des Ehegatten abhängig, so zwingt man den Gesellschafter, mit allen Verwaltungspflichten sowie der persönlichen Haftung in der OHG zu verbleiben. Das widerspreche der in den §§ 723 Abs. 3 BGB, 139 HGB zum Ausdruck gekommenen Wertung des Gesetzgebers, nach der niemand daran gehindert werden dürfe, persönliche Verpflichtungen zu beenden ⁶⁾.

1) Tilkorn S. 88 f.

2) Tilkorn S. 91

3) Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 55 c

4) Reinicke Betr. 1965, 1352, der auch bei der Auseinandersetzung von Bruchteils- und Erbengemeinschaft auf die Zustimmung des Ehegatten verzichtet, wenn die Liquidation nach den gesetzlichen Vorschriften erfolgt.

5) Gernhuber § 35 II 11; Tiedau MDR 1959, 254; MDR 1961, 725; DNotTag 1961, 113; Boesebeck Betr. 1958, 1148 (der aber auf die Kündigung des Kommanditisten - zu Unrecht - § 1365 anwenden will; gegen diese Unterscheidung: Beitzke Betr. 1961, 25). Ebenso: Palandt-Lauterbach (19. Aufl.) § 1365 Anm. 2 und - in Anlehnung an § 1367 - Rittner DNotTag 1961, 139

6) Tiedau MDR 1961, 725

b) Die Meinung von Beitzke und Eiselt

Die Gegenmeinung vertreten insbesondere Beitzke und Eiselt ¹⁾. Sie halten jede Kündigung gemäß § 1365 für zustimmungsbedürftig ²⁾. Infolge der Kündigung werde die dingliche Gesamthandsbeteiligung in einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch umgewandelt. Das geschehe bei der Ausscheidenskündigung sofort, bei der Auseinandersetzungskündigung mit einer durch das Liquidationsverfahren bedingten, unwesentlichen Verzögerung. Von dem Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten könne nicht mit der Begründung abgesehen werden, daß er dem Beitritt zugestimmt habe oder daß der wirksame Beitritt als solcher eine erneute Zustimmung entbehrlich mache; denn durch die Zustimmung des Ehegatten zum Einbringen des Vermögens in die Gesellschaft werde das Vermögen nicht völlig aus den güterrechtlichen Beschränkungen gelöst, vielmehr seien nach dem Wortlaut und Zweck des § 1365 weitere Verfügungen über das gesamte Vermögen erneut vinkuliert. Der personenrechtliche Charakter der Kündigung wird anerkannt, jedoch dürfe man nicht daran vorbeigehen, daß die Kündigung (auch) unmittelbar Vermögensrechte betreffe. Daß die Struktur der Gesellschaft die Anwendung des § 1365 nicht ausschließe, werde besonders deutlich, wenn die Kündigung zum Ausscheiden des Gesellschafters gegen Zahlung einer Abfindung führe. Dieser Vorgang stehe wirtschaftlich einem Verkauf der Beteiligung an die Mitgesellschafter gleich. Überlegungen persönlich-unternehmerischer Art treffe schließlich auch der Einzelhandelskaufmann, der sein Geschäft veräußere. Dieser aber sei an die Zustimmung seines Ehegatten gebunden. Gegen eine mißbräuchliche Verweigerung der Zustimmung helfe § 1365 Abs. 2, der

-
- 1) Beitzke Betr. 1961, 25; Eiselt JZ 1960, 564; ihnen folgend: Erman-Bartholomeyczik § 1365 Anm. 5 b cc; Baumbach-Duden § 105 Anm. 1; Wiedemann S. 263; im Ergebnis auch Buchwald-Tiefenbacher S. 103 f. Note 6; Wörlbelauer NJW 1960, 796; Kemper S. 65; Ollig S. 140 f.
 - 2) Im Ergebnis ebenso: Westermann, Handbuch Rz. 96, der aber offen läßt, ob die Kündigung "Verfügung" oder nur "verfügungsähnliche Handlung" ist.

die Anrufung des Vormundschaftsgerichts und eine Ersetzung der Zustimmung gestatte ¹⁾.

c) Die Meinung von Fischer und Lauterbach

Eine mittlere Position zwischen den genannten beiden Gruppen nehmen Fischer und Lauterbach ²⁾ ein. Sie machen die Anwendung des § 1365 von den rechtlichen Folgen der Kündigung abhängig: Führt die Kündigung zur Liquidation der Gesellschaft, so ist sie zustimmungsfrei wirksam; scheidet als Folge der Gesellschafter gegen Abfindung aus, so muß der Ehegatte nach § 1365 zustimmen. Fischer und Lauterbach begründen die unterschiedliche Behandlung der beiden Kündigungsarten damit, daß nur die Ausscheidenskündigung unmittelbar auf die dingliche Rechtsstellung des Ehegatten innerhalb der OHG einwirke. Mit Beitzke und Eiselt sehen sie in der Ausscheidenskündigung einen Verkauf der Beteiligung ³⁾, für den lediglich wegen der sachlichen Nähe der Mitgesellschafter zu dem Kaufobjekt die Schutzvorschriften der §§ 433 ff. zugunsten des Käufers entfallen seien. Hinzu kommen Überlegungen, welche die Auswirkung der Kündigung auf den Vermögenswert betreffen. Wird infolge der Kündigung die Gesellschaft aufgelöst, so empfangen der Gesellschafter als Quote seine freiwerdende gesellschaftliche Beteiligung selbst. Der ausscheidende Gesellschafter erhalte dagegen gerade nicht seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Dieser wachse den anderen Gesellschaftern zu. Als Entgelt für seinen Verzicht auf die gesamthänderische Beteiligung erhalte der ausscheidende Gesellschafter einen schuldrecht-

1) Tubbesing BB 1966, 832

2) Fischer NJW 1960, 942 f.; Palandt-Lauterbach (ab 20. Auflage) § 1365 Anm. 2 (der sich jedoch zu Unrecht auf Beitzke beruft).

3) Fischer NJW 1960, 943; ähnlich Ollig S. 138. So auch die Rechtsprechung zu § 1822 Nr. 3; RG Z 122, 370 f.; Bayr ObLG Z 21, 225. Vgl. weiter: Schlegelberger-Geßler § 138 Anm. 3

lichen Abfindungsanspruch, der allerdings - wie auch sonst die Gegenleistung - von dem Erfordernis der Zustimmung nicht entbinde ¹⁾.

3. Die Rechtsfolgen bei fehlender Zustimmung

Soweit § 1365 angewandt wird, stellt sich bei Ausscheiden des Kündigenden ohne Zustimmung des Ehegatten die Frage nach der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft. Während Fischer und Tubbesing ²⁾ konsequenterweise das Verbleiben des kündigenden Gesellschafters in der OHG zugrunde legen müssen, kann nach Wiedemann ³⁾ die Unwirksamkeit der Kündigung nur für die Zukunft geltend gemacht werden; der übergangene Ehegatte kann Wiederaufnahme des ausgeschiedenen Ehegatten verlangen. Im Vergleich zu der Einbringung des Vermögens in eine OHG reduziert sich das Problem um die mit § 128 HGB zusammenhängenden Fragen des Gläubigerschutzes.

III. Die Anwendbarkeit auf Änderungen von Gesellschaftsverträgen

Einflußnahme des Ehegatten nach § 1365 auf die Änderung von Gesellschaftsverträgen bedeutet güterrechtliche Mitbestimmung für das Gesellschaftsverhältnis mit den bereits aufgezeigten Gefahren ⁴⁾. Das Bestreben, diesen Gefahren entge-

-
- 1) Kein Anwendungsfall des § 1365 ist gegeben, wenn die anderen Gesellschafter darüber entscheiden, ob nach der Kündigung die Gesellschaft aufgelöst wird oder der kündigende Gesellschafter ausscheidet; die Beschränkung des § 1365 betrifft nur den Ehegatten.
 - 2) Vgl. Fußn. 3 S. 28
 - 3) Wiedemann S. 261 f.; für Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 62 I stellt sich die Frage nicht, weil er die Kündigung zustimmungsfrei wirksam werden läßt.
 - 4) Vgl. S. 21 - 23. Warnend in einer Entscheidung zu § 1822 BGH NJW 1962, 2346 unter Hinweis auf den Zusammenhang zwischen kaufmännischen Entscheidungen und Änderungen des Gesellschaftsvertrages.

genzuwirken, kennzeichnet die Stellungnahmen im Schrifttum. Nach allgemeiner Ansicht fallen unter § 1365 nur solche Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die unmittelbar auf die vermögensrechtliche Stellung des Ehegatten in der OHG gerichtet sind. Zustimmungsfrei sind alle Vereinbarungen, welche die personenrechtlichen Beziehungen unter den Gesellschaftern regeln - Geschäftsführung, Vertretung, Widerspruch, Beschlußfassung - und vermögensrechtliche Auswirkungen nur in tatsächlicher oder mittelbarer Hinsicht äußern können ¹⁾. Einigkeit besteht weiter darüber, daß auch Änderungen der Gewinn- oder Verlustbeteiligung ohne Zustimmung des Ehegatten wirksam vereinbart werden können. § 1365 vinkuliert nur Geschäfte über die Substanz, nicht über die Erträge des Vermögens ²⁾. Gegenstand harter Auseinandersetzung im Schrifttum ist dagegen die Behandlung von Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die das Ausscheiden von Gesellschaftern und die Höhe und Art ihrer Abfindung regeln.

1. Die Ausscheidens- oder Fortsetzungsvereinbarung

Ausscheidensvereinbarungen sind heute in Gesellschaftsverträgen die Regel ³⁾. In ihnen verpflichtet sich der Gesellschafter, aus der Gesellschaft auszuschcheiden, wenn in seiner Person ein Umstand eintritt, der die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen würde. Da gleichzeitig mit der Verpflichtung die ihr entsprechende Änderung der Rechtsstellung vollzogen wird, bedeutet die Beteiligung des Gesellschafters an der Beschlußfassung auch eine Verfügung.

1) Krüger-Breetzke-Nowak § 1365 Anm. 1; Fischer NJW 1960, 942

2) Tubbesing BB 1966, 832

3) Buchwald-Tiefenbacher S. 195 Note 22; Fischer NJW 1960 940

Die sonst im Rahmen des § 1365 durchgeführte Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft ist hier nur theoretischer Natur.

a) Die Meinung von Boesebeck

Die bloße Ausscheidensvereinbarung wird allgemein als zustimmungsfrei angesehen. Eine Ausnahme macht nur Boesebeck ¹⁾. Er verweist darauf, daß der Ehegatte sich dazu verpflichtet, bei Eintritt bestimmter Umstände aus der Gesellschaft auszuschcheiden, was zum Verlust des in der Gesellschaftsbeteiligung verkörpertens Vermögens führe.

b) Die herrschende Meinung

In dem gesamten übrigen Schrifttum ist die Ansicht von Boesebeck auf Widerspruch gestoßen ²⁾. Der Verlust der dinglichen Beteiligung an dem Gesamthandsvermögen bei Liquidation einer OHG geschehe nicht als Folge des Gesellschaftsvertrages, sondern als gesetzliche Auswirkung der Auflösung. Mehr als die Umwandlung der Beteiligung in einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch, die bei der Liquidation ohne Zustimmung des Ehegatten nach § 1365 erzielt werde, werde auch durch die Ausscheidensklausel nicht erreicht. Vielmehr erhalte der ausscheidende Gesellschafter in Form des Abfindungsanspruchs das, was ihm bei Liquidation der Gesellschaft zugestanden hätte ³⁾. Nach herrschender Meinung bedarf die Familie daher in diesen Fällen nicht des Schutzes des § 1365.

-
- 1) Boesebeck Betr. 1958, 1147 f.; ebenso die Dissertationen von de la Motte S. 201; Mülke S. 94; Ollig S. 138 f.
 - 2) Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 55 a; Reinicke BB 1960, 1004 f.; Tiedau MDR 1961, 724; Tilkorn S. 79, jeweils mwN.
 - 3) Die Abfindung erfolgt nach § 105 HGB iV mit § 738 BGB grundsätzlich zum vollen Wert: RG Z 146, 180; Hueck, GesR S. 82

Eine Bestätigung dieses Ergebnisses erblickt man in der Vorschrift des § 140 Abs. 1 HGB. Tritt in der Person eines Gesellschafters ein Grund zur Auflösung der Gesellschaft ein, so können die übrigen Gesellschafter die Ausschlussklage erheben und auf diese Weise das Unternehmen vor der Zerstörung bewahren ¹⁾. Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ausscheidensklausel seien also in jedem Falle unabhängig von der Mitwirkung außenstehender Ehegatten zu erzielen.

2. Die Abfindungsvereinbarung ²⁾

Ausscheidens- und Abfindungsvereinbarungen ergänzen sich in dem Bestreben der Gesellschafter, den Bestand ihrer Gesellschaft zu sichern. Die Ausscheidensvereinbarung dient diesem Zweck unmittelbar, indem sie die Zahl der Auflösungsgründe verringert. Abfindungsklauseln erfüllen - mittelbar - eine ähnliche Funktion. Wenn ausscheidende Gesellschafter nicht zum vollen Wert ihrer Beteiligung und nur ratenweise abgefunden werden, sinkt die Gefahr, daß die für die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter erforderlichen Mittel nur durch Verwertung des Gesellschaftsvermögens beschafft werden können. Die Zustimmungsbedürftigkeit derartiger Abfindungsvereinbarungen ist heftig umstritten.

a) Die Meinung von Eiselt und Bartholomeyczik

Eiselt und Bartholomeyczik ³⁾ halten jede beeinträchtigende Abfindungsvereinbarung für zustimmungsbedürftig. Sie sehen in der Einführung solcher Bestimmungen eine aufschiebend

-
- 1) Nur die Erhaltung des Unternehmens, nicht eine Bestrafung des Gesellschafters ist bezweckt: BGH LM Nr. 5 zu § 142 HGB
 - 2) Vgl. die Übersicht über die Vielzahl möglicher Abfindungsvereinbarungen bei Knöchlein, DNotZ 1960, 452 ff.
 - 3) Eiselt JZ 1960, 563; Erman-Bartholomeyczik § 1365 Anm. 5 b bb; ebenso: Boesebeck Betr. 1958, 1148; Mülke S. 96; Schwandt S. 88

bedingte Verfügung des Ehegatten über seine Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen in Gestalt des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben ¹⁾. Einige Autoren folgen dieser Lehre im Ergebnis, begründen dieses aber mit der Zustimmungsbefähigung des früher abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages ²⁾. Die damals erteilte Zustimmung sei auf den Vertrag mit seiner konkreten Abfindungsregelung bezogen, so daß deren Änderung eine erneute Zustimmung des Ehegatten erfordere. Diese Gleichstellung von Vertragsschluß und Vertragsänderung entspricht einer zu § 1822 Nr. 3 weitverbreiteten Lehre ³⁾.

b) Die Meinung von Reinicke und Fischer

Weniger weit gehen Reinicke, Fischer und die meisten Vertreter der sogenannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise ⁴⁾.

-
- 1) In diesem Sinne auch: Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 55 a; Gernhuber § 35 II 11; de la Motte S. 200. Dagegen wertet Beitzke Betr. 1961, 25 die Abfindungsvereinbarung als Verfügung, weil die gegenwärtige Vermögensbeteiligung des Ehegatten ihrem Inhalt nach geändert werde; ähnlich RG Z 67, 331 f., wenn Auseinandersetzungsanspruch und Gesellschaftsbeteiligung als ein und dasselbe Vermögensrecht begriffen werden. Fischer NJW 1960, 942 leugnet den Verfügungscharakter der Abfindungsklausel, wendet aber § 1365 dennoch (analog?) an, da sonst eine unmittelbare Substanzaushöhlung durch Rechtsgeschäft erfolgen könne.
 - 2) Eiselt JZ 1960, 563; Erman-Bartholomeyczik § 1365 Anm. 5 b bb
 - 3) Soergel-Siebert-Germer § 1822 Anm. 31; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 54; Knopp, Über die Genehmigungsbefähigung von Änderungen eines Gesellschaftsvertrages bei Beteiligung von Minderjährigen oder Mündeln, BB 1962, 939 ff. (mit Übersicht über den gesamten Streitstand). aa die hL: BGH NJW 1961, 724 u. NJW 1962, 2344; Duden, Anm. zum Urteil des BGH vom 20.9.1962 (II ZR 209/61), JZ 1963, 601 f.; Hueck, OHG § 6 IV mit eingehender Begründung und weiteren Nachweisen.
 - 4) Reinicke BB 1960, 1005; Fischer NJW 1960, 942 (er legt allerdings diesen Maßstab nur bei Neugründung von Gesellschaften an und beschränkt bei Änderungen schon jede wirtschaftlich nachteilige Abfindungsregelung); Baumbach-Duden § 105 Anm. 1 A

Sie unterwerfen dem Zustimmungserfordernis des § 1365 nur solche Abfindungsklauseln, welche die Vermögensstellung des Ehegatten "wesentlich" oder "einschneidend" beeinträchtigen. Dabei wird bei Reinicke wieder das Bestreben deutlich, Geschäfte, die sich im Rahmen des Üblichen halten, zustimmungsfrei zu lassen. Der Grund für die Beschränkung des § 1365 auf einschneidende Abfindungsvereinbarungen liegt in der Auffassung, Bestimmungen des Inhalts, die der Ehegatte bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags zustimmungsfrei habe treffen können, müsse er auch im Wege der Vertragsänderung ohne Mitwirkung des anderen Ehegatten beschließen können. Wiedemann ¹⁾ stimmt dieser Ansicht im Ergebnis zu. Er kommt, vom Begriff der Verfügung ausgehend, zur Anwendung des § 1365 und verneint Gründe, die für eine Restriktion der Vorschrift sprechen könnten.

c) Die herrschende Meinung

Den engsten Standpunkt nehmen die Vertreter der im Schrifttum wohl überwiegenden Lehre ²⁾ ein. Sie wenden § 1365 nur auf solche Abfindungsvereinbarungen an, die zu dem (fast) völligen Verlust des Auseinandersetzungsanspruchs führen. Der Verzicht des Gesellschafters auf einen Teil seiner möglichen Ansprüche ergebe sich aus dem Risiko, das mit der Einbringung des Vermögens in die OHG eingegangen worden sei. Diese Überlegung dürfe daher nur für die Zustimmungsbedürftigkeit des Vertragsabschlusses herangezogen werden. Im

1) Wiedemann S. 262

2) Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 55 b; Gernhuber § 35 II 11; Westermann, Handbuch Rz. 96; Beitzke Betr. 1961, 25; Tiedau MDR 1959, 254 u. MDR 1961, 724; ders. DNotTag 1961, 111 f.; Tubbesing BB 1966, 831; Kemper S. 66; Tilkorn S. 85; weitergehend Rittner DNotTag 1961, 139, der aus Gründen der Rechtssicherheit alle Änderungen des Gesellschaftsvertrags einschließlich der Abfindungsregelungen aus dem Bereich des § 1365 ausklammern und diese Vorschrift (analog) allein auf die Einbringung des Vermögens in die Gesellschaft angewandt wissen will.

übrigen umfasse der Verzicht auf einen T e i l des Abfindungsanspruchs eben nicht das g a n z e Vermögen.

3. Die Folgen fehlender Zustimmung

Ist eine Abfindungsvereinbarung ohne die erforderliche Zustimmung des Ehegatten geschlossen worden, so stellt die Lehre einhellig darauf ab, ob die Nichtigkeitsfolge sich auf die Abfindungsvereinbarung beschränkt oder nach § 139 den gesamten Gesellschaftsvertrag ergreift.

Im erstgenannten Fall soll an die Stelle der unwirksamen Vertragsklausel die gesetzliche Regelung treten ¹⁾. Wiedemann ²⁾ will diesen Satz einschränken und eine Berufung auf den Verstoß gegen § 1365 nur mit Wirkung für die Zukunft zulassen. Das bedeutet: Ist der Gesellschafter bereits aus der OHG ausgeschieden und abgefunden worden, so kann weder er noch der übergangene Ehegatte die Unwirksamkeit der Abfindungsregelung geltend machen. Gegen diese "faktische" Wirksamkeit der Abfindungsklausel wendet sich de la Motte ³⁾ mit der Begründung, die vorgenommene Auszahlung des Gesellschafters habe, für sich betrachtet, keinerlei Vollzugsfolgen für das Gesellschaftsverhältnis. Ergreift die Nichtigkeitsfolge den gesamten Gesellschaftsvertrag, so finden nach einhelliger Ansicht die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft in vollem Umfang Anwendung ⁴⁾. Der Schutzzweck des § 1365 könne nicht entgegenstehen, da die Unwirksamkeit auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der Gesellschafter (§ 139) beruhe und ihren Grund nicht in einer güterrechtlich mißbilligten Übergangung des Ehegatten habe.

1) Boesebeck Betr. 1958, 1148; Fischer NJW 1960, 941 (oder eine andere angemessene Regelung).

2) Wiedemann S. 263; ähnlich RG JW 1929, 2147 (betrifft Rücktritt von einem Auflösungsbeschuß); vgl. ferner Weipert § 131 Anm. 22.

3) De la Motte S. 203 f.

4) Fischer NJW 1960, 941; Wiedemann S. 263; Baumbach-Duden § 105 Anm. 8 E.

§ 4: Kritik der bisherigen Auffassungen

Die Übersicht über die in Rechtsprechung und Lehre vertretenen Auffassungen zur Anwendbarkeit des § 1365 im Gesellschaftsrecht zeigt, daß die wissenschaftliche Auseinandersetzung sich im wesentlichen auf zwei Punkte konzentriert hat:

darauf, ob die bei Eintritt in eine OHG oder Ausscheiden aus der Gesellschaft erzielte Gegenleistung von Einfluß auf das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten ist,

und darauf, ob die Anwendung des § 1365 im Gesellschaftsrecht eine Abweichung von dem herkömmlichen Verfügungsbegriff erfordert.

I. Die Entwicklung aus § 419

1. Die Bedeutung des § 419 für die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des BGH hat sich, was die Beachtlichkeit der Gegenleistung angeht, eng an § 419 angelehnt ¹⁾ und im Einklang mit der zu dieser Vorschrift überwiegend vertretenen Ansicht ²⁾ entschieden, daß die Zustimmungsbedürftigkeit eines Rechtsgeschäfts nach § 1365 von Art und Umfang der Gegenleistung unabhängig sei. Eine Untersuchung, ob den beiden Vorschriften ein vergleichbarer Grundgedanke gemeinsam sei, ist dem nicht vorausgegangen.

-
- 1) BGH Z 35, 135; einschränkend, falls die Gegenleistung dem Gläubiger eine gleichwertige Sicherheit bietet: RG DR 1912 Nr. 203; Deutsch, Voraussetzungen und entscheidender Zeitpunkt der Vermögensübernahme (§ 419 BGB) - BGH Z 33, 123, JuS 1963, 178 ff. (179).
 - 2) RG Z 137, 52; 148, 265; BGH Z 33, 123; Erman-Westermann § 419 Anm. 3; Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 419 Anm. 4b; Reinicke NJW 1967, 1250. aa: Paulus ZRP 64, 189; teilweise auch Tiedau DNotTag 1961, 104

Auch im übrigen hat sich der BGH bei der Bestimmung des Inhalts des § 1365 eng an das Vorbild des § 419 gehalten: Das Ergebnis, daß auch ein einzelner Gegenstand "Vermögen im ganzen" sein könne, wurde auf diese Weise gewonnen ¹⁾, ohne daß der Umstand Berücksichtigung fand, daß schon § 419 in diesem Falle nur analog ²⁾ angewandt werden konnte. Die subjektive Theorie, nach welcher der zustimmungsberechtigte übergangene Ehegatte sich einem "gutgläubigen" Erwerber gegenüber nicht auf die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen kann, wird ebenfalls auf § 419 gestützt ³⁾. Der BGH meint, hier in der Abwägung zwischen dem Schutz der Familie und der Sicherheit des Rechtsverkehrs eine Parallele zu § 419 ziehen zu können. Dieser Anlehnung an § 419 bedarf es aber deswegen nicht, weil sich das Erfordernis der Kenntnis des Erwerbers - wie Tilkorn ⁴⁾ nachgewiesen hat - aus § 1365 selbst herleiten läßt.

Die Anlehnung an § 419 durch den BGH ist nur zu billigen, wenn § 419 und § 1365 nach Tatbestand, Gesetzeszweck und Rechtsfolge vergleichbar sind. § 419 knüpft an die Vermögensübernahme an und ist auf Veräußerungsgeschäfte beschränkt; Verpflichtungsgeschäfte werden von der Vorschrift

1) BGH Z 35, 143; 43, 176

2) Rittner FamRZ 1961, 3. Der BGH praktiziert hier eine Analogie der Analogie. Bedauerlicherweise macht dieses Beispiel Schule (vgl. Tubbesing BB 1966, 832, der das Verhältnis von § 1365 zu dem Institut der fehlerhaften Gesellschaft in Analogie zu den Regeln des Minderjährigenschutzes klären will).

3) BGH Z 43, 177; BGH FamRZ 1969, 322

4) Tilkorn S. 58 f.: Bei Geschäften über sämtliche Vermögensgegenstände ist Kenntnis des Erwerbers gegeben. Wäre sie bei Geschäften über Einzelgegenstände, die das gesamte Vermögen erfassen, nicht nötig, so wäre bei der Gleichheit der Interessenlage in beiden Fällen ein entsprechender Hinweis im Gesetzestext oder in den Materialien enthalten.

Gernhuber JZ 1966, 193 hält Tilkorns Lösung zu Unrecht für eine Reduktion! Für eine Reduktion fehlt es bereits an der Gesetzeslücke.

nicht erfaßt. § 419 dient den Gläubigern zur Erhaltung der alten Haftungsgrundlage und schützt damit ausschließlich Vermögensinteressen. § 1365 schützt die wirtschaftliche Grundlage der Familie gegen einseitige Rechtsgeschäfte eines Ehegatten und gewährleistet die Sicherung des Anspruchs auf künftigen Zugewinnausgleich. Neben vermögensrechtlichen Interessen werden die aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft fließenden Interessen der Ehegatten, über die wirtschaftliche Grundlage ihrer Gemeinschaft nur gemeinsam zu entscheiden, berücksichtigt. Die Sanktion der Unwirksamkeit des Geschäfts findet sich nur bei § 1365. Sie trifft den Erwerber idR weniger hart ¹⁾, als die Aufbürdung einer Haftung für fremde Schulden ²⁾ nach § 419, so daß eine in gleichem Umfang bestehende Schutzwürdigkeit bei Gutgläubigkeit des Erwerbers verneint werden muß ³⁾.

-
- 1) Bei Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach § 1365 erhält der Erwerber wenigstens einen Anspruch nach § 812 auf Rückgewähr der eigenen Leistung. Die Haftung nach § 419 tritt dagegen unabhängig von dem Umstand ein, ob es möglich ist, das der Vermögensübernahme zugrundeliegende Geschäft anzufechten und so die eigene Leistung zurückzu- erhalten; die Haftung ist lediglich auf das übernommene Vermögen beschränkt.
 - 2) Es wäre ungerecht, den Erwerber für Schulden des Veräußerers aufkommen zu lassen, wenn er nicht weiß, daß er das Vermögen eines anderen übernimmt und damit dessen Gläubigern die Haftungsgrundlage entzieht: Reinicke NJW 1967, 1250.
 - 3) Gegen eine Anlehnung an § 419: Braga FamRZ 1967, 660; Knur, Zugewinnsgemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todes wegen, DNotZ 1957, 451 ff. (454 f.); Lorenz JZ 1959, 106; Rittner FamRZ 1961, 3; Wiedemann S. 260. Tilkorn S. 72 dagegen meint, man dürfe sich auf die zu § 419 entwickelten Grundsätze stützen, weil es dort wie auch bei § 1365 um die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse am Gesellschaftsvermögen einer Personengesellschaft geht; wie Tilkorn: Dölle § 52 I 1; Koeniger DRiZ 1959, 372.

2. Die Entscheidung des BGH vom 30.6.1954 (II ZR 82/53 ¹⁾)
als Ausgangspunkt der wirtschaftlich orientierten Lehre

Die enge Anlehnung der Rechtsprechung des BGH an § 419 hat im Schrifttum Nachahmung gefunden und zu einem neuen, wirtschaftlich orientierten Verständnis des § 1365 geführt. In seiner Entscheidung vom 30.6.1954 (II ZR 82/53) hat der BGH die Anwendung des § 419 in einem Fall abgelehnt, in dem der Schuldner sein gesamtes Vermögen in eine OHG eingebracht hatte. Der II. Senat stellte darauf ab, daß der Gesellschaft die eigene Rechtspersönlichkeit fehle und sie deshalb nicht als "Übernehmer" in Betracht komme. Vielmehr bleibe der Gesellschafter Inhaber seines Vermögens, wenn auch nunmehr in gesamthänderischer Bindung mit den anderen Gesellschaftern.

Der Übergang des Vermögens auf eine Gesamthand stellt nach rechtlicher Bewertung einen Übertragungsvorgang dar. Wenn in der genannten Entscheidung trotzdem die Anwendung des § 419 abgelehnt wird, liegt der Schluß nahe, daß im Rahmen dieser Vorschrift nicht die rechtliche Vermögensübertragung - die durch Verfügung geschieht - , sondern die wirtschaftliche Vermögensbewegung entscheidend ist. Dieser Gedanke wird auf § 1365 übertragen ²⁾; er ist Grundlage einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die in zwei Stufen einsetzt:

zur Feststellung, ob der Gegenstand des Geschäfts das gesamte Vermögen umfaßt; es wird ein Wertvergleich zu dem nicht betroffenen, verbleibenden Vermögen vorgenommen;

zur Feststellung der wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts; das Verhältnis von Einlage und Kapitalanteil einerseits sowie von Kapitalanteil und Auseinandersetzungsguthaben andererseits wird ermittelt.

1) BGH BB 1954, 700

2) Boesebeck Betr. 1958, 1147; ähnlich: Fischer NJW 1960, 939; Reinicke BB 1960, 1003.

Soweit die wirtschaftliche Betrachtungsweise auf die Entscheidung des BGH vom 30.6.1954 (II ZR 82/53) ¹⁾ gestützt wird, ist ihr durch die spätere Entscheidung dieses Gerichts vom 18.12.1956 (VIII ZR 26 /56) ²⁾ die Grundlage entzogen worden. In diesem Urteil hat der VIII. Senat das Argument, die Gesellschaft könne mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht Übernehmer eines Vermögens sein, ausdrücklich aufgegeben und § 419 angewandt. Der Sachverhalt lag im Vergleich zu dem in der Entscheidung des II. Senats behandelten Fall insoweit anders, als der Schuldner nicht selbst in die Gesellschaft eingetreten war. Wenn der II. Senat im zweiten Teil der Entscheidungsgründe darauf abstellt, daß dem Schuldner beim Eintritt in die Gesellschaft sein Vermögen in veränderter rechtlicher Gestalt verbleibe, mag diese Auffassung im Rahmen des § 419 haltbar sein. Der Gläubiger hat immerhin die Möglichkeit, nach §§ 135, 131 Nr. 6 HGB iV mit § 738 BGB auf die alte Haftungsgrundlage zurückzugreifen. Ähnliche Möglichkeiten stehen dem Ehegatten, dessen Zustimmung zur Einbringung des Vermögens in die Gesellschaft nicht eingeholt wurde, nicht zu Gebote. Der Gesichtspunkt der Erhaltung des wirtschaftlichen Wertes des Vermögens ist für § 1365 nicht ausschlaggebend, wie die Entscheidung des BGH vom 28.4.1961 (V ZB 17/60) ³⁾ zeigt, denn sonst hätte auch die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft mit dieser Begründung zustimmungsfrei wirksam sein müssen.

Soweit sich Autoren noch auf die Entscheidung des II. Senats vom 30.6.1954 (II ZR 82/53) berufen, suchen sie Rückhalt in Argumenten, die der VIII. Senat selbst aufgegeben hat ⁴⁾.

1) BGH BB 1954, 700

2) BGH BB 1957, 131

3) BGH Z 35, 144; bestätigt von BGH Z 43, 175 f.

4) Vgl. Beitzke Betr. 1961, 23 f.; Rittner FamRZ 1961, 16

3. Die Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte durch die Gerichte bei Anwendung des § 1365 in anderen Rechtsgebieten

Die Rechtsprechung, auch die des BGH, ist nicht ganz einheitlich. In seinem Urteil vom 23.9.1965 (II ZR 60/63) ¹⁾ hat der II. Senat Sympathien für die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Frage erkennen lassen, ob die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück Verfügung über das Vermögen im ganzen nach § 1365 sein könne. Der II. Senat konnte dies dahingestellt sein lassen, weil der verfügende Ehegatte außer seinem Grundbesitz noch genügend anderweitiges Vermögen besaß. Er brauchte deshalb auch nicht zu entscheiden, welche Bedeutung dem Umstand zukam, daß der verfügende Ehegatte Gesellschafter der OHG war, zu deren Gunsten er den Nießbrauch bestellt hatte.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte legt für § 1365 überwiegend einen wirtschaftlichen Verfügungsbegriff zu Grunde ²⁾. Die Entscheidungen betreffen jedoch ausnahmslos Fälle aus dem Grundstücksrecht und lassen erkennen, daß es den befaßten Gerichten nicht auf eine Entscheidung zu Gunsten des rechtlichen oder des wirtschaftlichen Verfügungsbegriffes ³⁾ im Sinne der zu § 1365 vertretenen Auffassungen ankam; es sollten lediglich Grundstücksbelastungen von dem Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten freigestellt werden, soweit sie nicht den Wert des Grundstücks wirtschaftlich erschöpfen.

Für das Gesellschaftsrecht dürfte die Entscheidung des

1) BGH FamRZ 1966, 23

2) OLG Düsseldorf JMBI NRW 1959, 53; OLG Hamm NJW 1960, 1467; weitere Nachweise bei Gernhuber S. 333 Fußn. 4

3) Zum Inhalt dieser beiden Verfügungsbegriffe vgl. S. 14 ff.

V. Senats vom 28.4.1961 (V ZB 17/60) ¹⁾ zur Erbauseinandersetzung mehr Gewicht haben als die Entscheidung des II. Senats vom 23.9.1965 (II ZR 60/63) ²⁾ zur Nießbrauchsbestellung. Die Vermögensvorgänge beim Ausscheiden aus der Gesamthandsgemeinschaft der Miterben stehen dem ebenfalls durch die Form der Gesamthand gekennzeichneten Recht der Personengesellschaften näher als Verfügungen im Grundstücksverkehr. Zwar begründet auch die Belastung eines Grundstücks eine Art Rechtsgemeinschaft zwischen dem Eigentümer und dem Begünstigten. Aber anders als beim Einbringen des Vermögens in eine OHG verbleiben dem Eigentümer bei Belastung seines Grundstücks mit einem Grundpfandrecht zunächst Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, bei der Bestellung eines Nießbrauchs wenigstens die Verfügungsbefugnis ³⁾. Der Wechsel der dinglichen Zuordnung des eingebrachten Vermögens unterscheidet die Einbringung von der Belastung eines Grundstücks, so daß Folgerungen aus einer im Grundstücksrecht möglicherweise tragbaren Modifizierung des Verfügungsbegriffes für das Gesellschaftsrecht nicht gezogen werden können.

II. Die Interpretation des § 1365 nach dem Zweck der Norm

Die Anhänger einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise begründen den von ihnen gebildeten Verfügungsbegriff mit einer an dem Schutzzweck des § 1365 orientierten Auslegung. Die wirtschaftliche Zielsetzung der Norm bedinge ein wirtschaftliches Verständnis des Verfügungsbegriffes ⁴⁾. Diese Argumentation leidet an mehreren Mängeln:

1) BGH Z 35, 135 ff.

2) BGH FamRZ 1966, 22

3) Wiedemann S. 259; Tiedau DNotTag 1961, 109

4) Warnend Bosch, Anm. zum Beschluß des OLG Hamm vom 27.2.1959 (15 W 67/59), FamRZ 1959, 167 f. (168): zu viel wirtschaftliche Betrachtungsweise könne für den Juristen gefährlich werden.

1. Die rein teleologische Interpretation

Sie erhebt die ratio des Familienschutzes zum Prinzip und postuliert, daß die familienrechtliche Vorschrift des § 1365 teleologisch ausgelegt werden müsse ¹⁾. Das aber hätte einer weiteren Begründung bedurft. Im Familienrecht gibt es genug Beispiele dafür, daß das rein teleologische Verständnis einer Norm zugunsten der Sicherheit des Rechtsverkehrs zurückgestellt wird ²⁾. Der Gedanke der Sicherheit des Rechtsverkehrs hat bei den Gesetzesberatungen zu § 1365 eine große Rolle gespielt. Er gab den Ausschlag dafür, daß die Gesetzesverfasser die Beschränkung des § 1365 gegenüber einem "gutgläubigen" ³⁾ Geschäftsgegner nicht durchgreifen lassen wollten. Aus demselben Grunde nahm der Regierungsentwurf davon Abstand, zusätzliche Beschränkungen für Versicherungen, Grundstücksgeschäfte u.ä. einzuführen ⁴⁾.

1) Der Zweck einer Vorschrift gehört zu den wichtigsten Kriterien, die bei der Auslegung heranzuziehen sind. Unzutreffend ist es daher, wenn Rittner FamRZ 1961, 4 f. meint, die ratio sei nach dem kunstgerechten Auslegungsverfahren zu überprüfen.

2) BGH NJW 1962, 2345; Gernhuber § 52 IV 1

3) Kein echter Gutglaubensschutz, da nicht an einen zurechenbar gesetzten Rechtsschein angeknüpft wird.

4) Krüger-Breetzke-Nowack § 1365 Anm. 1; Bericht des Abg. Seidl, BT-Sitzungsberichte S. 11 829 B

2. Die Interessenlage

Die rein teleologische Auffassung der Vorschrift des § 1365 hat im Schrifttum zu Äußerungen wie

"dem Bestreben, die Familie zu sichern ist der Verkehrsschutz geopfert worden"¹⁾, "im Widerstreit Familienschutz/Verkehrsschutz genießt der Familienschutz den Vorrang"²⁾, "der Familienschutz rechtfertigt auch die weitgehende Zurückdrängung des Verkehrsschutzes"³⁾

geführt. Die Gegenseite bedient sich ähnlicher Argumente:

"es wäre kaum zu rechtfertigen, wollte man . . . den gutgläubigen Geschäftsgegner dem Familieninteresse opfern"⁴⁾, "der Gesetzgeber hat absichtlich mit Rücksicht auf andere, gleichfalls schützenswerte Interessen (Verkehrssicherheit) den Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie nur sehr unvollkommen verwirklicht"⁵⁾.

Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Ihnen gemeinsam ist die unvollständige Aufführung der in § 1365 kollidierenden Interessen. Die Anwendung des § 1365 im Bereich des Gesellschaftsrechts berührt die Interessen beider Ehegatten, darüber hinaus aber auch die Interessen der Mitgesellschafter und des Rechtsverkehrs:

die Interessen des an der Gesellschaft beteiligten Ehegatten, weil ihm durch § 1364 grundsätzlich die freie Verfügung über sein Vermögen zugestanden ist und zu seinem Vermögen auch Gesellschaftsbeteiligungen gehören,

1) Gernhuber § 35 I 8

2) Dunker MDR 1963, 980; Mülke AcP 161, 157

3) Lorenz JZ 1959, 106

4) Dälle § 52 I 1

5) Tiedau MDR 1961, 721. Auch Rittner FamRZ 1961, 2 irrt daher, wenn er das Kernproblem in der Klärung des Verhältnisses von § 1364 zu § 1365 Abs. 1 erblickt - die Interessen aus dem gesellschaftsrechtlichen Sektor müssen mitberücksichtigt werden.

die Interessen des außenstehenden Ehegatten, der als Inhaber eines künftigen Anspruchs auf Zugewinnausgleich sowie auf Grund seiner Mitverantwortung¹⁾ für die Familie auf Geschäfte über das Gesamtvermögen seines Ehepartners Einfluß nimmt,

die Interessen der Mitgesellschafter, weil die Sanktion des § 1365 die wirksame Gründung der Gesellschaft und ihren weiteren Bestand in Frage stellt,

und die Interessen des Rechtsverkehrs, weil die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte ungewiß bleibt, die der an der OHG beteiligte Ehegatte abschließt.

Zu sachgerechten Lösungen kann nur eine Interpretation des § 1365 führen, die alle beteiligten Interessen berücksichtigt.

3. Auslegung oder Korrektur der Norm

Die Entstehungsgeschichte des § 1365 beweist, daß die Gesetzesverfasser bei der Aufnahme des Gesetzestextes den Anwendungsbereich des § 1365 nicht übersehen haben²⁾. Die Möglichkeit, daß die Vorschrift im Gesellschaftsrecht Anwendung finden könnte, ist nie in Betracht gezogen worden. Ob unter diesen Umständen § 1365 überhaupt durch Auslegung den Besonderheiten des Gesellschaftsrechts angepaßt werden kann oder ob seine Anwendung in diesem Bereich erst nach einer Normkorrektur im Wege der Analogie oder Reduktion erfolgen kann, hätte ebenfalls einer Erörterung bedurft.

1) Diesen Gesichtspunkt stellen nur Westermann, Handbuch Rz. 96, und Mulier-Freienfels JZ 1957, 692 heraus, während sonst idR eine gewisse materielle Mitberechtigung am Vermögen des anderen Ehegatten angenommen wird. Besonders weitgehend: Braga FamRZ 1967, 658

2) Reinicke BB 1960, 1003

4. Die Modifizierung des Verfügungsbegriffs nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten

a) Der Verfügungsbegriff des BGB

Der Verfügungsbegriff, der in den §§ 135, 137, 161, 185, 816, 893 BGB verwandt wird, ist wirtschaftlich neutral. Seine Funktion erschöpft sich darin, in abstrakter Form ¹⁾ alle unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Einwirkungen auf Vermögensrechte zusammenzufassen. Der Bezug der Verfügung auf das subjektive Recht macht es unmöglich, dem Verfügungsbegriff eine Funktion beizulegen, welche die wirtschaftlichen Folgen eines Geschäfts berücksichtigt ²⁾.

Hinzu kommt, daß die Verfügung einseitig auf die unmittelbare Veränderung der Rechtslage des bisherigen Rechtsinhabers abstellt. Für die Entscheidung, ob eine Gegenleistung anzurechnen ist, müßte man auf das zugrundeliegende Kausalgeschäft zurückgreifen. Das aber ist wegen des Abstraktionsprinzips ausgeschlossen. Wollte man die Gegenleistung berücksichtigen und die Auswirkung der Verfügung auf den Vermögenswert feststellen, so würde man Wege beschreiten, wie sie die Differenzlehre im Schadensersatzrecht gewiesen hat ³⁾. Die dort entwickelten Gedanken des Vorteils- und Nachteilsausgleichs können jedoch ohne jeden Anhaltspunkt in Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 1365 nicht übernommen werden.

1) Lange, Systematische Darstellungen des Familienrechts, JZ 1965, 425 ff. (431)

2) Rittner FamRZ 1961, 8; Schwandt S. 80; vgl. auch Westermann, Interessenkollision S. 18; der Verfügungsbegriff enthalte - soweit überhaupt - nur allgemeine Wertungsfaktoren.
Nach Flume § 11, 5 c hat der Begriff der "Verfügung" seinen Sinn ausschließlich darin, daß die Rechtsgeschäfte, welche Verfügungen sind, zu ihrer Wirksamkeit Verfügungsmacht des Verfügenden voraussetzen.

3) Rittner FamRZ 1961, 8

b) Die Grenzen der Auslegung dieses Begriffes

Der zweite Grund, der ein wirtschaftlich orientiertes Verständnis des Verfügungsbegriffes verbietet, ergibt sich aus den allgemein anerkannten Auslegungsregeln. Savigny ¹⁾ definiert die Auslegung zutreffend als Rekonstruktion des dem Gesetz innewohnenden Gedankens. Dann kann die Auslegung keine Maßstäbe für die Bewertung der gesellschaftsrechtlichen Interessen und eine entsprechende Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 1365 im Gesellschaftsrecht ergeben, weil der Gesetzgeber die Kollision zu gesellschaftlichen Interessen überhaupt nicht gesehen hat. Allenfalls kann der Anwendungsbereich der Norm entsprechend der ratio neu überdacht werden ²⁾.

5. Die für § 1365 relevanten Grundsätze

Zu wenig Beachtung wird in Rechtsprechung und Schrifttum der Erfassung des § 1365 aus seiner systematischen Einordnung in das Gesetz entgegengebracht. Vor einer Überbewertung des Familienschutzgedankens hat der BGH in seiner Entscheidung vom 26.2.1965 (V ZR 227/62) ³⁾ gewarnt. Gernhuber ⁴⁾ hat den Versuch einer Abgrenzung zu den ebenfalls im Rahmen des § 1365 zu beachtenden Grundsätzen der selbständigen Vermögensverwaltung und der Verkehrssicherheit unternommen. Diese fruchtbaren Ansätze sind jedoch ohne Widerhall geblieben, obwohl sie zu einer Interpretation des § 1365 aus gesellschaftsrechtlicher Sicht und damit zu neuen Lösungswegen hätten anregen sollen. Bei Klärung des Verhältnisses

1) Savigny, System I 213: Der dem Gesetz innewohnende Gedanke wird von der "Absicht", d.h. "dem außerhalb des (Gesetzes)inhalts liegenden Ziel" scharf unterschieden.

2) Man könnte z.B. verfügungsähnliche Handlungen § 1365 unterstellen (so Westermann, Handbuch Rz. 96).

3) BGH Z 43, 174

4) Gernhuber JZ 1966, 192

der § 1365 prägenden Grundsätze hätte sich die Verabsolutierung eines von ihnen vermeiden lassen. Zu welchen Ergebnissen die Überbewertung des Familienschutzes durch die Vertreter der wirtschaftlichen Betrachtungsweise führt, wurde bereits dargelegt ¹⁾. Genauso gefährlich ist die Übersteigerung in anderer Richtung. Bedenken muß es wecken, wenn z.B. Gernhuber ²⁾ glaubt, die Zustimmungsfreiheit der Kündigung mit der Struktur der Personengesellschaft begründen zu können. Auch bei den Personengesellschaften des Handelsrechts kann das Kündigungsrecht eingeschränkt werden; lediglich der vollständige Ausschluß der Möglichkeit, sich aus der persönlichen Bindung zu lösen, verstößt gegen die in § 723 Abs. 3 BGB normierte Wertung des Gesetzgebers. Ob ein derart weitgehender Ausschluß durch § 1365 erfolgt oder ob nicht mit Rücksicht auf § 1365 Abs. 2 und die dort vorgesehene Anrufung des Vormundschaftsgerichtes eine zulässige Beschränkung des Kündigungsrechts anzunehmen ist, hätte untersucht werden müssen.

6. Grund der Bindung von Gesamtvermögensgeschäften

Eine Erörterung der Frage, warum gerade Geschäfte über das Vermögen im ganzen der Beschränkung des § 1365 unterworfen werden, findet sich allein bei Rittner ³⁾. Er sieht den eigentlichen Grund der Bindung dieser Geschäfte in ihrer **Außergewöhnlichkeit** und **Totalität** und kommt durch vergleichende Darstellung **a l l e r** Anwendungsfälle des § 1365 zu einem systematisch breiter angelegten Verständnis der Norm.

1) Vgl. S. 26, 32, 41

2) Gernhuber § 35 II 11

3) Rittner FamRZ 1961, 14

7. Die Anwendung des § 1365 auf Einzelhandelsgeschäfte und Gesellschaftsbeteiligungen

Das Arbeiten mit einem zu weit gefaßten Prinzip wird durch Verwendung einer Vielzahl von Beispielfällen ¹⁾ ergänzt. Die Ausscheidenskündigung eines Gesellschafters soll nach Lauterbach ²⁾ zustimmungsbedürftig sein, weil sie dem Verkauf eines Einzelhandelsgeschäfts entspreche. Wiedemann ³⁾ vergleicht dagegen die Kündigung mit der Stilllegung des Geschäftsbetriebes und begründet so seine entgegengesetzte Ansicht. Abgesehen von der Beweiskraft solcher Vergleiche können Beispielfälle dieser Art wohl bei der Kontrolle eines Ergebnisses von Wert sein ⁴⁾, nicht aber eine Begründung ersetzen.

Zusammenfassend ist kritisch anzumerken:

Die bisher zur Anwendung des § 1365 im Gesellschaftsrecht vertretenen Auffassungen lehnen sich zum großen Teil zu sehr an § 419 an, obwohl beide Vorschriften nach Tatbestand, Zweck und Rechtsfolge verschiedenartig sind ⁵⁾. Als Folge werden Unsicherheiten in den Tatbestand des § 1365, insbesondere in den Verfügungsbegriff, hineingetragen. Die von § 1365 berührten Interessen werden - wie schon bei der Fassung des Gesetzestextes - nicht in vollem Umfang berücksichtigt. Zum Teil ohne hinreichende Begründung und ohne auf das Verhältnis der § 1365 prägenden Grundsätze einzugehen, wird der Gedanke des Familienschutzes zum Prinzip erhoben. Die Stellung der Norm im Gesetz sowie der Grund der Beschränkung auf Gesamtvermögensgeschäfte kommen bei der Auseinandersetzung zu kurz. Von der Methode her angreifbar sind die wirtschaftliche Auslegung des rechtlich eindeutig fest-

1) Vgl. u.a. Eiselt JZ 1960, 564; Fischer NJW 1960, 942

2) Palandt-Lauterbach § 1365 Anm. 2

3) Wiedemann S. 264

4) Westermann, Handbuch Rz. 96

5) Vgl. die Nachweise bei Fußn. 3 auf S. 45

gelegten Verfügungsbegriffes sowie die mitunter auf Parallelfälle gestützte Argumentation. Die Kernfrage, wie weit man sich der Norm des § 1365 zur Lösung des von dem Gesetzgeber nicht gesehenen Typs der Kollisionen mit gesellschaftsrechtlichen Interessen bedienen dürfe, ist in den Hintergrund gedrängt worden.

§ 5: Eigener Lösungsvorschlag

I. Die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten

Zur Lösung des bei der Anwendung des § 1365 im Gesellschaftsrecht entstehenden Interessenkonfliktes können vier Wege beschritten werden: man könnte den Vorrang eines Rechtsgebietes, des Familienrechts oder des Gesellschaftsrechts, bejahen mit der Folge, daß die dem Wortlaut nach anwendbaren Vorschriften des nachrangigen Rechtsgebietes zurücktreten, soweit es die Normen des vorrangigen Rechtsgebietes erfordern. Die zweite Möglichkeit besteht darin, für § 1365 Prinzipien zu statuieren (Familienschutz, Verkehrsschutz, selbstständige Vermögensverwaltung usw.) und für diese Prinzipien eine Rangfolge festzulegen. Soweit man sich scheut, generelle Wertmaßstäbe zu setzen, könnte man bei der Kollision von güterrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Bindungen in der Person eines Gesellschafters auf die Priorität der Bindung abstellen. Schließlich ist eine nach den Grundsätzen der teleologischen Reduktion differenzierende Lösung denkbar.

1.) Der Vorrang eines Rechtsgebiets

a) Der Vorrang des Familienrechts

§ 1365 ist eine Vorschrift des Familienrechts. Daraus allein ergibt sich aber kein Schluß auf den Vorrang des Familienrechts vor den Normen des Gesellschaftsrechts; dagegen sprechen vielmehr dieselben Erwägungen, die schon gegen eine allein auf den Schutz der Familie abzielende, rein teleolo-

gische Interpretation der Vorschrift vorgebracht wurden ¹⁾. Auch im Schrifttum wird an keiner Stelle ein genereller Vorrang des Familienrechts befürwortet.

b) Der Vorrang des Gesellschaftsrechts

Eine in der Lehre verbreitete Auffassung geht dahin, daß die Vorschriften des Handelsrechts, insbesondere die des Gesellschaftsrechts, als Sonderregelung Vorrang vor den allgemeinen Normen des bürgerlichen Rechts beanspruchen könnten ²⁾. Als Begründung für den Charakter als Sonderrecht verweist man teils - materiell - auf die Eigenart der geregelten Materie, teils - formell - auf Art. 2 EGHGB und die besondere Kodifizierung dieses Rechtsgebietes.

Daß die einmal als notwendig a n e r k a n n t e n Erfordernisse des Handels- und Gesellschaftsrechts dem allgemeinen bürgerlichen Recht als sachnäherer Bezugspunkt vorgehen, ist unbestritten ³⁾. Eine solche Anerkennung, die ein Rangverhältnis zwischen Familienrecht und Gesellschaftsrecht für die Anwendung des § 1365 rechtfertigen könnte, ist in Art. 2 EGHGB aber nicht ausgesprochen. Art. 2 EGHGB ist nur eine a l l g e m e i n e Richtschnur, der man nicht entnehmen kann, wann eine bestimmte Vorschrift als eine der Natur der geregelten Materie notwendig entspringende Sondernorm begriffen werden muß.

1) Vgl. S. 51, 52

2) M. Ferid, Festschrift für A. Hueck (München und Berlin 1959) S. 343 (369, 374) leitet aus einem kollisionsrechtlichen Leitmotiv den Vorrang des Sonderstatuts her; Rittner entwickelt den Gedanken des gesellschaftsrechtlich gebundenen Zweckvermögens weiter und kommt so zu dem Vorrang gesellschaftlicher Prinzipien vor den vermögensrechtlichen Prinzipien. Vgl. ferner Wieland I S. 54.

3) Wiedemann S. 161 mwN

Die Anpassung gesetzlicher Vorschriften an die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts ist ein Phänomen, dem wir öfter begegnen. So werden z.B. nach allgemeiner Ansicht die Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag (§§ 320 ff. BGB) auf Gesellschaftsverträge teils überhaupt nicht, teils nur entsprechend angewandt ¹⁾. Eine Anfechtung mit der Folgerückwirkender Nichtigkeit nach § 141 BGB ist nach Vollzug der Gesellschaft ausgeschlossen ²⁾. Im Erbrecht haben die §§ 1922, 2032, welche den Nachlaß der Miterbengemeinschaft zuordnen, dem Institut einer (im Gesetz nicht geregelten) Sondererbfolge weichen müssen ³⁾. Liegt diesen Einzelfällen ein allgemeines Prinzip zugrunde, so müßte auch § 1365 den Besonderheiten des Gesellschaftsrechts angepaßt werden. Ein zweiter Gedanke wird für die Sonderbehandlung des § 1365 im Gesellschaftsrecht bereitgehalten: haben Handelsgesellschaften trotz Mängeln ihres Gründungsaktes am Rechtsverkehr teilgenommen, so ist bei der rechtlichen Beurteilung dieser tatsächlichen Entwicklung Rechnung zu tragen. Einige Autoren sprechen in diesem Zusammenhang von einer Verdinglichung des Vertragsrechts ⁴⁾ und gehen so weit, die Grundauffassung vom Rechtsgeschäft als Konstitutivakt "im Interesse vernünft-

-
- 1) RG Z 78, 303; 81, 303; 89, 333; 112, 280; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 52, 53; Weipert § 105 Anm. 84; Hueck, OHG § 6 II 3; Westermann, Handbuch Rz. 84-93
 - 2) RG Z 165, 193; Staudinger-Geiler § 705 Anm. 37; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 105 Anm. 17; Haupt-Reinhardt S. 26; Hueck, OHG § 7 III; Westermann, Handbuch Rz. 750 ff.
 - 3) RG DR 1943, 1224; BGH Z 22, 192; KG JW 1935, 1794; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 25; Weipert § 139 Anm. 25; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm. 15; Hueck, OHG § 28 II 2 a; Westermann, Handbuch Rz. 531; Siebert, Nachfolge eines Miterben in die Gesellschafterstellung bei der offenen Handelsgesellschaft, BB 1957, 18 ff. (18).
 - 4) Habscheid, Bericht über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Mergentheim am 9. und 10. Oktober 1957, AcP 157, 100 ff. (104)

tiger und zweckmäßiger Ergebnisse" ¹⁾ in Frage zu stellen. Überträgt man die Funktion des Rechtsgeschäfts im Gesellschaftsrecht systemfremden objektiven Abschlußtatbeständen, so kann dies für die Frage der Anwendung des § 1365 nicht ohne Folgen bleiben. Da § 1365 nur rechtsgeschäftliches Handeln eines Ehegatten zu beschränken vermag, wäre seiner Anwendung im Gesellschaftsrecht weitgehend die Basis genommen.

Im Ergebnis rechtfertigen beide Gesichtspunkte die gezogene Schlußfolgerung nicht. Die Lehre von der Verdinglichung des Vertrages geht an der Tatsache vorbei, daß nicht bereits die tatsächliche Geschäftsaufnahme durch die Gesellschaft die Anwendung der Normen des Gesellschaftsrechts rechtfertigt. Nicht das Faktum, sondern die rechtliche Beurteilung des Faktums ist der rechte methodische Ausgangspunkt ²⁾. Zu Recht hat deshalb der BGH ³⁾ vor Fehlschlüssen aus der Bezeichnung "faktische Gesellschaft" gewarnt, statt dessen die Umschreibung "fehlerhafte Gesellschaft" empfohlen und deutlich ausgesprochen, daß ein (wenn auch fehlerhafter) Vertrag Voraussetzung für die Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Normen bleiben müsse. Die Anpassung der allgemeinen Vorschriften des BGB geschieht im Falle der §§ 320 ff., weil diese in erster Linie auf Austauschverträge zugeschnitten sind ⁴⁾; die Zurückdrängung des Anfechtungsrechts ist nur in beschränktem Maße, nämlich für in Vollzug gesetzte Gesellschaften, anerkannt ⁵⁾; die Sondererbfolge beruht auf § 139 HGB und der in dieser Vorschrift verankerten Wertung des

1) Esser, Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse", AcP 157, 86 ff.

2) Hueck, OHG S. 52 FuBn. 6 mwN. Ob ein Gesellschafter rechtlich fehlerfrei in eine fehlerhafte Gesellschaft eintritt oder rechtlich fehlerhaft in eine voll wirksame Gesellschaft eintritt, macht für die beschränkte Wirkung der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe keinen Unterschied: BGH NJW 1966, 107

3) BGH Z 3, 290 ff.; 8, 166; 26, 334 f.

4) Vgl. die Nachweise unter FuBn. 1 auf S. 59

5) Vgl. die Nachweise unter FuBn. 2 auf S. 59

Gesetzgebers ¹⁾. Eine Anpassung an das Gesellschaftsrecht geschieht also nur in Einzelfällen und bedarf einer besonderen Begründung; auf den generellen Vorrang kann man aus diesen Einzelfällen nicht schließen.

Selbst wenn man mit Wieland ²⁾ das Handels- und Gesellschaftsrecht als Sonderrecht anerkennt, kann dem für die Anwendbarkeit des § 1365 im Gesellschaftsrecht nichts entnommen werden; denn eine handelsrechtliche Sondernorm zu § 1365 gibt es nicht ³⁾. Schließlich scheitert die Aufstellung einer Rangfolge von Familienrecht und Gesellschaftsrecht im Rahmen des § 1365 an der für beide Rechtsgebiete verschiedenen Form der Vermögenszuweisung. Während das eheliche Güterrecht nach dem System der Zuordnung von Rechten aufbaut, tritt der Gedanke der Sachzuweisung im Gesellschaftsrecht zurück. Die Beteiligung an einer Gesellschaft hat keinen sachenrechtlichen Charakter. Sie gilt nicht als Form der Sachzuweisung. Die von der Sachzuweisung zu unterscheidende Vermögenszuweisung vollzieht sich im Gesellschaftsrecht über die personenrechtliche Einordnung in eine Gemeinschaft ⁴⁾. Eine für beide Rechtsgebiete gleichermaßen geltende Aussage durch Aufstellung eines Rangverhältnisses innerhalb der Norm des § 1365 kann daher nicht erzielt werden.

1) Hueck, OHG S. 302 Fußn. 37; Siebert BB 1957, 19 f.

2) Wieland I 50

3) Auweder, Gleichberechtigung und Handelsregister, RPfl. 1960, 35 ff. (37); Beitzke Betr. 1961, 21. Um so mehr erstaunt es, wenn man bei Baumbach-Duden (bis 14. Aufl.) § 1 Anm. 4 auf den Satz stößt: Das Erfordernis der Zustimmung des Gatten zur Verfügung über das Vermögen im ganzen gilt für die Verfügung über ein Handelsgeschäft auch dann (idR) nicht, wenn dieses das ganze Vermögen ausmacht.

4) Westmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre (Karlsruhe 1958), S. 11

2. Der Vorrang von Prinzipien

Rittner ¹⁾ verfeinert den Ansatzpunkt. Auch er sucht die Lösung des Interessenkonfliktes, der bei Anwendung des § 1365 im Gesellschaftsrecht entsteht, in der Aufstellung einer Rangfolge. Diese bezieht er aber nicht auf geschlossene Rechtsgebiete, sondern auf die der Vorschrift des § 1365 zugrundeliegenden Prinzipien ²⁾ und andere allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze.

Jeder Versuch, ein Rangverhältnis von "Prinzipien" aufzustellen, muß auf Schwierigkeiten stoßen: Der Familienschutz, den der Gesetzgeber in § 1365 gewährt, ist nur beschränkter Natur. Der Ehegatte kann von dem Erfordernis der Zustimmung seines Ehepartners durch Ehevertrag generell freigestellt werden. Die Bindung erfaßt im übrigen die Eingehung von Verbindlichkeiten wie Bürgschaft und Schuldübernahme nicht und läßt Verfügungen von Todes wegen unberührt, um nur einige Punkte anzusprechen.

Ob ein Primat des Grundsatzes der selbständigen Vermögensverwaltung angenommen werden kann, erscheint ebenfalls zweifelhaft. Selbst wenn man mit der herrschenden Meinung ³⁾ die in den §§ 1365, 1369 angeordneten Beschränkungen des Ehegatten als Ausnahmen von der Regel der freien Vermögensverwaltung ansieht, bleibt zu bedenken, daß der Gesellschafter in Hinsicht auf seine Beteiligung nicht schlechthin Verwaltungs- und Verfügungsfreiheit besitzt. § 717 BGB normiert - dispositiv ⁴⁾ - die Unveräußerlichkeit der Beteiligung, gesellschaftsvertragliche Klauseln erschweren idR die Kündigung und weisen die Geschäftsführung und Vertretung mehreren Gesellschaftern gemeinschaftlich zu.

1) Rittner FamRZ 1961, 11 f. im Anschluß an RG Z 145, 295

2) Zur Bedeutung "materialer" Prinzipien, insbesondere bei der Feststellung von Lücken im Gesetz: Canaris S. 95 f.; Flume § 16, 1 c

3) BGH Z 35, 140; Dölle § 51 I; Gernhuber § 34 II 2

4) BGH JZ 1952, 114 mit zust. Anm. von Hueck aaO; Erman-Schulze-Wenck § 719 Anm. 1 a; Westermann, Handbuch Rz. 741

Der Gedanke der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes beherrscht weithin das bürgerliche Recht ¹⁾, jedoch enthält gerade § 1365 keine Regelung des Gutglaubensschutzes ²⁾.

Keiner der vorgetragenen Gesichtspunkte ist so stark ausgeprägt, daß ihm generell der Vorrang zuerkannt werden könnte. Auch gegen die Terminologie müssen Bedenken geltend gemacht werden. Die Annahme eines "Prinzips" setzt eine Wertung des Gesetzgebers voraus, durch welche dieser für die von der Norm erfaßten typischen Interessenlagen einem beteiligten Interesse den Vorrang vor allen anderen zuerkennt. Der Umstand, daß bei der Fassung des § 1365 die gesellschaftlichen Interessen übersehen wurden, schließt eine umfassende Interessenwertung aber gerade aus; die Voraussetzungen für die Annahme von "Prinzipien" im eigentlichen Sinne sind nicht gegeben. Damit ist noch keine Aussage des Inhalts getroffen, daß sich ein Eingehen auf das Verhältnis der § 1365 beherrschenden Grundgedanken erübrigte. Auf dieses Verhältnis wird noch im späteren Verlauf der Untersuchung einzugehen sein.

3. Die Bedeutung der Priorität der Bindung

Als entscheidender Bewertungsfaktor kommt die Priorität der eingegangenen Bindung in Betracht. Von diesem Ausgangspunkt her müßte man den Ehegatten in allen Fällen, in denen er schon vor Bestehen der Zugewinnsgemeinschaft Mitglied einer Gesellschaft geworden war, von der Beschränkung des § 1365

-
- 1) Vgl. §§ 932 ff.; 2366, 892, deren entsprechende Anwendung in vielen Bestimmungen angeordnet wird: §§ 135 Abs. 2, 136, 161 Abs. 3, 1207, 2113 Abs. 3, 2129 Abs. 2, 2211, 2368 Abs. 3 BGB. Vgl. ferner §§ 5, 15 HGB; § 1412 BGB
 - 2) Der Schutz des Geschäftsgegners nach der herrschenden subjektiven Theorie ist kein Gutglaubensschutz im eigentlichen Sinne; es wird nicht an einen zurechenbar gesetzten Rechtsschein angeknüpft.

freistellen. Im umgekehrten Falle müßte § 1365 absolut, d.h. ohne jede Einschränkung nach den Bedürfnissen des Gesellschaftsrechts, zur Anwendung gelangen.

Der Priorität wird in unserer Rechtsordnung unterschiedliche Bedeutung beigemessen. Beachtung findet sie z.B. bei der Bestellung dinglicher Rechte an einem Grundstück, deren Rangverhältnis zueinander sie bestimmt ¹⁾. Ohne Auswirkungen bleibt die zeitliche Reihenfolge für das Verhältnis schuldrechtlicher Verbindlichkeiten. Gläubiger A kann nicht den Vorrang vor Gläubiger B beanspruchen, weil seine Forderung die ältere ist. Die unterschiedliche Bedeutung der Priorität für dingliche Rechte und schuldrechtliche Verbindlichkeiten hilft bei der Lösung der gesellschaftsrechtlichen Problematik in § 1365 nicht weiter, weil die gesellschaftliche Beteiligung aus sachenrechtlichen u n d schuldrechtlichen Elementen ²⁾ zusammengesetzt ist. Ein Abstellen auf die Priorität läßt außerdem keine umfassende Berücksichtigung der von § 1365 berührten Interessen zu: der Verkehrssicherheit könnte durch eine klare Abgrenzung nach Prioritäts Gesichtspunkten bei entsprechender Publizität gedient werden, nicht erfaßt wären aber die Gedanken des Familienschutzes und der selbständigen Vermögensverwaltung. Die zeitliche Abstufung hätte auf das Spannungsverhältnis zwischen ihnen keinerlei Bezug. Auf die Besonderheit, daß der Familienschutz nicht als reiner Vermögensschutz ausgestaltet ist ³⁾, könnte ebenfalls nicht eingegangen werden.

Stellt man in dem Konflikt von güterrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Bindung auf die Priorität ab, so berück-

1) Westermann, Sachenrecht (5. Aufl., Karlsruhe 1966) § 81 II 2; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts (4. Aufl., München und Berlin 1968) § 17 A II 1

2) BVerfG E 14, 278; Wiedemann S. 32 ff.

3) Bericht S. 6 des Rechtsausschusses des 2. Bundestages zu BT-Drucksache Nr. 34 09

nichtig man den Umstand, daß vor Eintritt des Kollisionsfalles nur eine Bindung bestand. Daraus ist die Folgerung zu ziehen, daß der spätere Eintritt der Zugewinnsgemeinschaft die Erfüllung der bereits auf Grund eines Gesellschaftsvertrages bestehenden Pflichten nicht hindert ¹⁾. Weitergehende Bedeutung für § 1365 kommt der Priorität der eingegangenen Bindung nicht zu.

4. Die teleologische Reduktion als Mittel zur Beschränkung des § 1365 im Gesellschaftsrecht

Eine Lösung des bei Anwendung des § 1365 im Gesellschaftsrecht entstehenden Interessenkonfliktes ließe sich in der Weise herbeiführen, daß man den Geltungsbereich der Vorschrift nach den Grundsätzen der teleologischen Reduktion einschränkt. Dabei wäre es - anders als bei einer Betrachtungsweise, die auf die Priorität der güterrechtlichen bzw. gesellschaftsrechtlichen Bindung abstellt - möglich, Familienschutz, Verkehrssicherheit und selbständige Vermögensverwaltung gegeneinander abzuwägen und zu einer für die Interpretation der Norm unumgänglichen Bewertung aller beteiligten Interessen zu gelangen.

a) Teleologische Reduktion als Normkorrektur

Kennzeichen der Gesetzesnorm ist es, daß an ihren Inhalt und ihre Wertung jeder gebunden ist, der Recht anzuwenden hat ²⁾. Mit dieser Bindung ist die Begrenzung des Anwendungsbereichs der Norm durch teleologische Reduktion abzustimmen. Ausgangspunkt ist dabei das rechte Verständnis vom Wesen der Norm.

1) Sonst würde das Vertrauen auf einen rechtswirksamen Vertrag wegen des späteren Eintritts dritter Umstände enttäuscht: Mot I, 21; Bayr OLG MDR 1959, 662; Wiedemann S. 261

2) Westermann, Richterliche Streitentscheidung S. 25

Die Norm ist ihrem Zweck nach Versuch einer Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee (1. Stufe). Ihrer Fassung geht eine der gesetzgeberischen Zielvorstellung (Schutz bestimmter "Werte") entsprechende Interessenbewertung voraus (2. Stufe). Was der Gesetzgeber aufgrund dieser Wertung für die im Tatbestand abstrakt bezeichneten Fälle als gerecht ansieht, findet seinen Ausdruck in der Rechtsfolgenanordnung der Norm (3. Stufe) ¹⁾.

Bindung an die Norm bedeutet daher gleichzeitig Bindung an die in ihr enthaltene Wertentscheidung des Gesetzgebers ²⁾.

Diese Wertentscheidung ist nicht von Begriffen, sondern vom gedachten Fall her getroffen. Deshalb ist eine Rechtsanwendung nicht als Deduktion anhand konstanter Faktoren innerhalb eines geschlossenen Begriffssystems möglich, sondern nur als Versuch einer Verwirklichung der Wertanschauung des Gesetzgebers denkbar ³⁾. Dabei sind Veränderungen der tatsächlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Die Norm unterliegt daher im Rahmen der Rechtsanwendung einer ständigen Überprüfung und Modifizierung und ist damit - wie das gesamte Rechtssystem - potentiell lückenhaft.

Eine Lücke ist anzunehmen, wenn sich die Norm als "unvollständig" erweist. Maßstab für die Feststellung der Unvollständigkeit ist die ratio legis ⁴⁾. Die ratio legis ist nicht auf einen Einzelfall bezogen; denn die Norm soll eine Regelung für abstrakt bezeichnete Fälle zur Verfügung stellen. Erfasst die ratio deshalb einmal einen Einzelfall nicht, so mag die Anwendung der Norm zu einem rechtspolitisch unerwünschten Ergebnis führen. Eine Unvollständigkeit, gemessen

1) Westermann, Person u. Persönlichkeit S. 6

2) Flume § 16, 1 c; Reinicke JuS 1964, 426

3) Reinicke JuS 1964, 421 f.; Viehweg, Topik und Jurisprudenz (3. Aufl., München 1965) S. 60 f.; Flume § 16, 1 c

4) Canaris S. 197; Reinicke JuS 1964, 421

an dem Zweck der Norm, liegt nicht vor. Dazu ist der Nachweis erforderlich, daß eine ganze Fallgruppe, ein bestimmter Geschäftstyp, von der ratio nicht erfaßt wird. Erst dann liegt ein Sondertatbestand vor, den der Gesetzgeber wertungsmäßig hätte berücksichtigen müssen ¹⁾.

Das rechtstechnische Mittel zur Schließung einer Lücke ²⁾ hängt von der Art der Lücke im Einzelfall ab. Eine Norm kann in der Weise unvollständig gefaßt sein, daß eine Anwendung ohne Ergänzung des Tatbestandes überhaupt nicht möglich ist (sog. Normlücke); die Unvollständigkeit kann aber auch in dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung liegen (sog. Regelungslücke) ³⁾. Im Rahmen des § 1365 scheidet die Annahme einer Normlücke aus, weil dieser Rechtsatz ohne jede Ergänzung auf Einzelfälle angewandt werden kann. Doch wäre eine Regelungslücke zu bejahen, wenn das Fehlen einer negativen Geltungsanordnung ⁴⁾ für den Bereich des Gesellschaftsrechts gegen die ratio legis verstieße. Die Lücke wäre nach den Grundsätzen der teleologischen Reduktion durch Hinzufügen der sinngemäß geforderten Einschränkung zu schließen. Teleologische Reduktion bedeutet also Anerkennung der Bindung zwar nicht an den Buchstaben, doch aber an die Wertentscheidung der Norm und geschieht

1) Reinicke JuS 1964, 421

2) Dem Richter ist es nicht gestattet, sich unter Hinweis auf eine Lücke im Gesetz der Entscheidung eines Rechtsstreits zu entziehen (Art. 19 Abs. 4 GG). Vielmehr muß er die Lücke durch ergänzende Rechtsfortbildung schließen. Dabei ist er an die rechtspolitische Zielsetzung gebunden, die sich aus dem Grundgedanken der lückenhaften Norm und aus ihrer Stellung im System des Gesetzes ergibt. Reinicke JuS 1964, 421 f.; Westermann, Richterliche Streitentscheidung S. 31

3) Larenz, Methodenlehre S. 280 f.; Engisch, Karl, Der Begriff der Rechtslücke, in: Festschrift für Wilhelm Sauer (Berlin 1949) S. 85 ff. (S. 93 Fußn. 32); Reinicke JuS 1964, 421; Canaris S. 200

4) Reinicke JuS 1964, 421; Canaris S. 83

damit in "denkendem", nicht in "blindem" Gehorsam gegenüber dem Gesetz ¹⁾.

b) Die Maßstäbe für eine teleologische Reduktion des § 1365

Teleologische Reduktion einer Norm bedeutet die Anwendung des Gleichheitssatzes auf der Grundlage des Normzwecks. Ungleiches ist ungleich zu behandeln, wobei Maßstab der Ungleichheit der Bezug auf die ratio ist ²⁾. Die ratio einer Norm ist Ergebnis einer Interessenbewertung. Der Maßstab für die Reduktion ergibt sich daher aus dem Verhältnis, das die beteiligten Interessen nach dem Willen des Gesetzgebers durch die Fassung der Norm erfahren sollten. Der Anwendungsbereich des § 1365 wird durch drei Grundsätze bestimmt, die Gernhuber herausgearbeitet ³⁾ und später präzisiert ⁴⁾ hat: danach gilt es, den Schutz der Familie, die selbständige Vermögensverwaltung jedes Ehegatten sowie die Sicherheit des Rechtsverkehrs gegeneinander abzuwägen.

In der Zugewinnngemeinschaft verwaltet jeder Ehegatte nach § 1364 sein Vermögen selbständig. Die bindungsfreie Vermögensverwaltung ist typisches Merkmal des Güterstandes und deshalb von dem Gesetzgeber folgerichtig als Regelsatz normiert, während alle sie begrenzenden Bindungen als Ausnahmen erscheinen.

Jeder Ehegatte kann also unabhängig von dem anderen Ehegatten auf ihm gehörende Vermögensgegenstände tatsächlich einwirken und über sie verfügen. Er kann selbständig Verpflichtungen übernehmen, für die sein Vermögen haftet. Er führt seine Rechtsstreitigkeiten im eigenen Namen. Kein Ehegatte

1) Flume § 16, 1 c

2) Canaris S. 151; Wagner, Besprechung von Claus-Wilhelm Canaris "Die Feststellung von Lücken im Gesetz", AcP 166, 354 ff. (355)

3) Gernhuber § 35 II 5

4) Gernhuber JZ 1966, 192

ist dem anderen wegen der Verwaltung seines Vermögens verantwortlich. Keiner ist verpflichtet, sein Vermögen im Hinblick auf den späteren Ausgleich des Zugewinns wirtschaftlich sinnvoll zu verwalten. Der im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebende Ehegatte hat nur darauf zu achten, daß ihm die Art der Verwaltung seines Vermögens nicht die Erfüllung seiner Pflichten gegenüber seiner Familie unmöglich macht, insbesondere, daß er in der Lage bleibt, seinen Unterhaltspflichten nachzukommen. Diese Einschränkung ergibt sich nicht aus dem Güterstand, sondern aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft.

Zwischen beiden Ehegatten herrscht demgemäß volle Gütertrennung; die selbständige Vermögensverwaltung ist Grundsatz ¹⁾.

Der in § 1364 niedergelegte Grundsatz der selbständigen Vermögensverwaltung wird in § 1365 für solche Geschäfte durchbrochen, die das Vermögen im ganzen betreffen und typischerweise eine Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie mit sich bringen. In diesen Fällen soll nicht ein Ehegatte allein tätig werden können, nicht, weil die Zugewinnsgemeinschaft eine Mitberechtigung an dem Vermögen des anderen Ehegatten begründete ²⁾, sondern weil nach der Wer-

1) BGH Z 35, 140; Dölle § 51 I; Gernhuber § 34 II 2; ders., JZ 1966, 192

2) Davon geht neuerdings jedoch Braga FamRZ 1967, 654 aus. Nach seiner Ansicht führt die Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft unmittelbar zu einer Veränderung der "Vermögensträgerschaft", die von nun an nur mehr treuhänderisch (S. 658) begriffen werden könne; denn funktional setze eine Beteiligung des einen Ehegatten an dem Vermögen des anderen ein (ähnlich Gernhuber § 34 I 2). Die so gebundenen Vermögen verwalteten die Ehegatten getrennt und "selbständig", jedoch nicht "frei".

Für eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 1365, den Braga als typisch für den Güterstand betrachtet, bestünde danach wenig Anlaß.

tung des Gleichberechtigungsgesetzes Entscheidungen über die Grundlage der Familie von beiden Ehegatten gemeinsam getroffen werden sollen ¹⁾. Als Ausnahmenvorschrift ist § 1365 eng auszulegen; der Anwendungsbereich der Vorschrift muß klar herausgearbeitet werden, damit nicht das Zustim-

Bragas Auffassung ist abzulehnen. Gegen sie spricht schon die Stellung der §§ 1364, 1365 im Gesetz. Daß üblicherweise an Stellen, welche Regel- und Ausnahmestimmungen enthalten, die Regelbestimmung vorausgesetzt wird, legt nahe, die selbständige Vermögensverwaltung ohne besondere "treuhänderische" Bindung als Grundsatz des gesetzlichen Güterstandes und die Beschränkung des § 1365 als eng zu fassende Ausnahme zu begreifen. Dem entspricht der Charakter des Güterstandes als Form der Gütertrennung; in der Zugewinnsgemeinschaft bilden die Ehegatten kein gemeinschaftliches Vermögen, es entstehen nur schuldrechtliche Ausgleichspflichten, die bei Beendigung des Güterstandes zur Vornahme des Zugewinnausgleichs aktualisiert werden. Die Konsequenz der Annahme eines Treuhandverhältnisses (Arglisteinrede bei Kenntnis des Geschäftsgegners von der Überschreitung der treuhänderischen Befugnis) will wohl auch Braga nicht ziehen. Das Gesetz gibt für solche Rechtsfolgen auch keinen Anhalt. Eher ist den §§ 1386, 1390 zu entnehmen, daß Verstöße gegen die treuhänderische Bindung nur im Innenverhältnis Folgen haben sollen.

Die funktionale Betrachtungsweise Bragas basiert auf einer Überbewertung des Beteiligungsgedankens. Wäre dieser vorrangig, so müßte auch im Rahmen des § 1365 primär die Sicherung des Zugewinnausgleichs verfolgt werden und nicht die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie. Sieht man dagegen § 1365 als Mittel der Mitverantwortung des Ehegatten bei Grundlagengeschäften, so steht nichts entgegen, §§ 1365, 1369 als Ausnahmen von dem Grundsatz der selbständigen Vermögensverwaltung eng zu begrenzen.

Bragas Meinung wird jetzt auch von BGH FamRZ 1969, 323 (V ZR 171/65 - U. v. 17.1.1969) abgelehnt.

1) Westermann, Handbuch Rz. 96; Müller-Freienfels JZ 1957, 692

mungserfordernis faktisch ¹⁾ weiter ausgedehnt wird, als es der Charakter des Güterstandes zuläßt.

In der Forderung nach Prägnanz des Anwendungsbereichs begegnen sich der Grundsatz der selbständigen Vermögensverwaltung und das Gebot der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Letzteres müßte schon als allgemeiner Rechtsgedanke ²⁾ Berücksichtigung bei der Reduktion finden, erst recht bei den Fallgruppen des Gesellschaftsrechts, in dem der Gedanke des Verkehrsschutzes seit jeher eine herausragende Rolle spielte ³⁾.

Das Gebot der Sicherheit des Rechtsverkehrs verhält sich zu der in § 1365 ausgesprochenen rechtsgeschäftlichen Bindung des Ehegatten neutral. Die Rechtssicherheit ist von dem Umfang der Bindung unberührt, solange deren Grenzen klar erkennbar sind.

Die dem Grundsatz des Familienschutzes gegenüberstehenden Grundsätze der selbständigen Vermögensverwaltung und der Rechtssicherheit fordern eine klare Abgrenzung zwischen rechtsgeschäftlicher Freiheit und Bindung des Ehegatten. Der aus der Natur der Zugewinnngemeinschaft erwachsene Grundsatz der selbständigen Vermögensverwaltung bedingt zusätzlich, den Ausnahmecharakter der Bindung zugrunde zu legen. Damit ergibt sich für die Reduktion des § 1365: Der Grundsatz der selbständigen Vermögensverwaltung gebietet, den Ehegatten von dem Erfordernis der Zustimmung nach § 1365 freizustellen, wenn bei bestimmten Geschäftstypen weder die wirtschaftliche Grundlage der Familie noch der

1) Bei Ungewißheit über den Umfang der Bindung werden Vertragspartner auf der Zustimmung des Ehegatten nach § 1365 bestehen, weil sie nicht das Risiko der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts eingehen wollen.

2) Vgl. Fußn. 1 auf Seite 63

3) Erweiterung des Verkehrsschutzes insbesondere durch die gewohnheitsrechtlich entwickelten Grundsätze über die Haftung für Erklärungen im Handelsverkehr, Anscheins- und Duldungsvollmacht.

Anspruch des anderen Ehegatten auf künftigen Ausgleich des Zugewinns gefährdet werden können.

II. Die Anwendbarkeit des § 1365 auf Gesamtvermögensgeschäfte im Bereich des Gesellschaftsrechts

1. Die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft

Für eine Reduktion scheiden von vornherein die Gesellschaftsverträge aus, auf Grund deren ein Ehegatte bei seinem Eintritt nahezu sein gesamtes Vermögen preisgibt. Entspricht hingegen die Beteiligung wertmäßig dem eingebrachten Vermögen, so könnte man den Gesellschaftsvertrag als **A n l a g e -** und **U m s c h i c h t u n g s g e s c h ä f t** bzw. als **w e r t n e u t r a l e s** Geschäft einstufen. Damit ist die technisch für eine Reduktion erforderliche Typisierung erreicht, doch ist für Geschäftstypen dieser Art eine Normkorrektur nach der in § 1365 ausgesprochenen Wertung des Gesetzgebers nicht erforderlich:

Der Zweck eines Vermögensgeschäftes läßt den Schluß auf seine wirtschaftlichen Folgen nicht zu; eine Beurteilung, daß bei dem Typ der Umschichtungsgeschäfte die wirtschaftliche Grundlage der Familie sowie der künftige Anspruch des Ehegatten auf Ausgleich des Zugewinns nicht gefährdet werden können, ist nicht möglich. Hinzu kommt, daß die Kennzeichnung eines Geschäfts als Anlage- oder Umschichtungsgeschäfts im Einzelfall sehr schwierig sein kann ¹⁾. Die Grenzen dieses Geschäftstyps sind - jedenfalls für den allgemeinen Rechtsverkehr - nicht exakt feststellbar. Der selbst nach Prägnanz des Umfangs der güterrechtlichen Beschränkung strebende Grundsatz der selbständigen Vermögensverwaltung kann unter diesen Umständen nicht zur Rechtfertigung einer Reduktion herangezogen werden. Ähnliche Überlegungen treffen auch für den Geschäftstyp der wertneutra-

1) Z.B. Tausch eines Grundstücks a) gegen ein anderes Grundstück, b) gegen Wertpapiere.

len Vermögensverfügungen zu. Die nach verschiedenen Gesichtspunkten beurteilbare Äquivalenz der Gegenleistung müßte eine klare Grenzziehung zwischen Verfügungsfreiheit und güterrechtlicher Bindung des Ehegatten erschweren. Die Berücksichtigung der Gegenleistung stünde darüber hinaus im Widerspruch zu der Entstehungsgeschichte des § 1365 ¹⁾.

Schließlich spricht gegen eine Reduktion im Falle der wertneutralen Geschäfte auch die Regelung des § 1365 Abs. 2; denn die Geschäfte ordnungsgemäßer Verwaltung werden ebenfalls dem Zustimmungserfordernis unterstellt, obwohl gerade sie typischerweise auf die Erhaltung des wirtschaftlichen Wertes gerichtet sind.

Eine Reduktion kann auch nicht mit der Begründung vorgenommen werden, daß die Einbringung, zumindest wirtschaftlich betrachtet, nur einen Bruchteil des Vermögens erfasse. Geschäfte über einen Bruchteil des Vermögens sind in ihrer Wirksamkeit nicht an die Zustimmung des Ehegatten gebunden. Als solches Bruchteilsgeschäft kann die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft jedoch weder rechtlich noch wirtschaftlich gewertet werden: Mit der Einbringung des Vermögens geht das Eigentum an den bisher dem Ehegatten gehörenden Vermögensgegenständen unter. Ein Vorbehalt, ein Anspruch auf Rückgewähr besteht nicht. Das bisherige Eigentum wird aufgegeben und inhaltlich anderes Eigentum neu begründet. Auch wirtschaftlich erfaßt die Einbringung das Vermögen in seinem gesamten Umfang: das Vermögen wird gesellschaftsrechtlich gebunden und der Familie völlig entzogen. Die Mitgesellschafter können nach § 126 HGB über das

1) Vgl. S. 13

bisherige Familienvermögen frei verfügen¹⁾. Selbst bei Ausschluß aller anderen Gesellschafter von der Vertretung der Gesellschaft wäre zu berücksichtigen, daß der in die OHG eingetretene Ehegatte nur mehr als Organ der Gesellschaft Verfügungsbefugt wäre. Als Organ der Gesellschaft aber unterliegt er nicht mehr güterrechtlichen Beschränkungen.

Der Schutzzweck des § 1365 gestattet, der in § 1364 niedergelegte Grundsatz der selbständigen Vermögensverwaltung gebietet eine Reduktion bei Geschäften, die nach ihrem Typ die Familiengrundlage und den Zugewinnausgleich nicht gefährden können. Dazu zählen Geschäfte, die das Vermögen in seinem materiell-wirtschaftlichen Bestand unberührt lassen und rechtlich keine Veränderung der dinglichen Zuordnung zugunsten eines Dritten herbeiführen (vermögensneutrale Geschäfte). Als Beispiele seien die Bestellung einer Eigentümergrundschild oder die Bestellung eines Pfandrechts an eigener Sache genannt. Solche Geschäfte erschöpfen sich in einer rechtlichen Umbenennung, die nicht in der Mitverantwortung des Ehegatten steht und daher von dem Schutzgedanken des § 1365 nicht erfaßt wird.

Auszunehmen von dem Anwendungsbereich des § 1365 sind weiterhin die vermögensverwirklichenden Geschäfte. Sie sind dadurch gekennzeichnet, daß die rechtsgeschäftliche Einwirkung auf den Vermögensgegenstand diesem immanent ist, daß "ob" der Vermögensverfügung also keine selbständige Vermögensentscheidung erfordert. Wo aber keine Vermögens-

1) Westermann, Handbuch Rz. 96

Wenn Tiedau DNotTag 1961, 109 meint, der Verlust der Alleinverfügungsmacht reiche nicht aus, um das Zustimmungserfordernis nach § 1365 zu begründen, weil die Mitgesellschafter nicht über das Vermögen des Ehegatten, sondern über das der Gesellschaft (und nur im Interesse der Gesellschaft) verfügen könnten, irrt er. Gerade seine Argumentation macht deutlich, daß das Familienvermögen im Gesellschaftsvermögen aufgeht und dem Interesse der Familie völlig entzogen wird.

entscheidung getroffen werden muß, erfordert der Gedanke der Mitverantwortung ¹⁾ keinerlei Mitwirkung in Form der Zustimmung. Als Beispiel für den Typ der vermögensverwirklichenden Geschäfte mag die Einziehung fälliger Forderungen angeführt werden.

Die Einbringung des gesamten Vermögens in eine Gesellschaft zählt weder zu den vermögensneutralen noch zu den vermögensverwirklichenden Geschäften. Das eingebrachte Vermögen erfährt nicht allein eine rechtliche Umbenennung, die es in seinem Bestand unberührt ließe; vielmehr tritt eine vollständige Umschaffung und inhaltliche Neubegründung ein. Bei einer so weitreichenden vermögensrechtlichen Entscheidung ist die Zustimmung des anderen Ehegatten unumgänglich, zumal ihm sonst im Widerspruch zu seiner Mitverantwortung jede Kontrollmöglichkeit nach § 1365 genommen wäre ²⁾.

Im Schrifttum ist der Versuch unternommen worden, die Konsequenzen fehlender Zustimmung zu der Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft durch Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft zu mildern. Der Minderjährigenschutz, der hierfür als Vorbild gewählt wird, erscheint jedoch als untaugliches Mittel; denn der Minderjährige wird - anders als der Ehegatte - ausschließlich in seinem eigenen Interesse begünstigt. Sein Schutz ist umfassend für den rechtsgeschäftlichen und nicht rechtsgeschäftlichen Bereich durchgeführt, während § 1365 nur eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften, die Gesamtvermögensgeschäfte, ergreift.

Die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft bedeutet eine Reduktion der von §§ 1365 ff. angeordneten Unwirksamkeitsfolge ³⁾, die nur im Einklang mit der ratio des § 1365 durchgeführt werden darf. Dadurch, daß man dem übergangenen Ehegatten das Recht gewährt, ex nunc das Aus-

1) Vgl. die Nachweise S. 70 Fußn. 1

2) Westermann, Handbuch Rz. 96; Wiedemann S. 260; Müller-Freienfels JZ 1957, 692

3) Larenz, Methodenlehre S. 369

scheiden des Gesellschafters herbeizuführen, kann die Kontroll- und Mitwirkungsbefugnis nicht mehr rückwirkend hergestellt werden ¹⁾. Die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft kommt einer Anerkennung der vollzogenen Vermögensumsetzung für die Vergangenheit gleich. Reduktion hieße daher, die Unwirksamkeitssanktion des § 1365 zu umgehen. Wenn de la Motte ²⁾ in dem Bestreben, den gesellschaftsrechtlichen Erfordernissen Rechnung zu tragen, den Vorschlag macht, die dingliche Vermögensübertragung als nichtig anzusehen, im übrigen aber die OHG als fehlerhafte Gesellschaft anzuerkennen, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Die teilweise Anerkennung des Gesellschaftsvertrages setzt eine Aufspaltbarkeit im Sinne des § 139 voraus, die für eine Absonderung der Einlageverpflichtung nicht gegeben ist. Im übrigen müßte man nach § 139 auf den Willen der Vertragsschließenden abstellen, was eine generell gültige Stellungnahme zur Anwendbarkeit der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ausschließt ³⁾.

Unwirksam im Sinne der §§ 1365 ff. bedeutet, daß der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung oder Verfügung des Ehegatten keinerlei rechtliche Wirkung zukommt; damit ist auch ein

1) Wiedemann S. 260

2) De la Motte S. 150 f.

3) De la Motte tritt für eine begrenzte Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft ein, weil er die Gesellschafter in der Haftung für Gesellschaftsschulden gleich behandelt sehen will. ME bestehen gegen haftungsrechtliche Unterschiede, die sich aus der Behandlung des Ehegatten als Scheingesellschafter einerseits und der übrigen Beteiligten als Gesellschafter einer fehlerhaften Gesellschaft andererseits ergeben, keine Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Billigkeit. Schließen die übrigen Beteiligten den Gesellschaftsvertrag, obwohl ihnen bekannt ist, daß der Ehegatte sein gesamtes Vermögen einbringt und daher möglicherweise - nämlich falls der gesetzliche Güterstand besteht - der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf, so müssen sie die daraus resultierenden Nachteile in haftungsrechtlicher Sicht tragen.

Anknüpfen an einen fehlerhaften Vertrag, wie es das Institut der fehlerhaften Gesellschaft voraussetzt, ausgeschlossen. Aufgrund seiner Geschäftsfähigkeit ist jedoch der Ehegatte - anders als ein Minderjähriger - für den von ihm tatsächlich gesetzten Rechtsschein verantwortlich. Er muß daher für die Schulden der OHG in dem Umfang einstehen, in dem ein Scheingesellschafter ¹⁾ in Anspruch genommen werden könnte. Gegen diese Folge ist der übergangene Ehegatte nicht geschützt, da § 1365 nur rechtsgeschäftliches Handeln ergreift.

Zusammenfassung: In § 1365 ist unter "Vermögen" das Aktivvermögen, unter "Verfügung" die Verfügung im rechtstechnischen Sinne zu verstehen.

Für den rechtstechnischen Verfügungsbegriff spricht gegenüber dem wirtschaftlichen Verfügungsbegriff die Sanktion der Unwirksamkeit bei fehlender Zustimmung des Ehegatten, ferner der Umstand, daß das BGB in den §§ 135, 137, 161,

-
- 1) Daß der Ehegatte wie ein Scheingesellschafter, nicht wie ein Gesellschafter einer fehlerhaften Gesellschaft behandelt wird, ist insbesondere für sein Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern (Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 14) sowie für seine Haftung für Altschulden von Bedeutung. Anders als der Gesellschafter einer fehlerhaften Gesellschaft (RG Z 93, 229; 142, 107, jeweils mwN aus der Rechtsprechung) haftet der Scheingesellschafter nicht für Schulden der Gesellschaft, die schon vor dem Setzen des Rechtsscheins entstanden waren (BGH Betr. 1955, 505; Larenz JW 1934, 224 in Anm. zu RG Z 142, 98).

Die Haftung des Gesellschafters einer fehlerhaften Gesellschaft beruht darauf, daß er als Beteiligter eines tatsächlichen gesellschaftlichen Zusammenschlusses am Rechtsverkehr teilgenommen hat (RG Z 142, 105). Der Gläubiger, der aus § 128 HGB vorgeht, braucht nicht nachzuweisen, daß er im Vertrauen auf die Mitgliedschaft gerade dieses Gesellschafters mit der Gesellschaft Geschäfte getätigt hat (RG Z 145, 159). Demgegenüber ist für die Haftung des Scheingesellschafters Kausalität des Rechtsscheins im Einzelfall erforderlich (Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 15 mwN); die Verteilung der Beweislast ist sekundärer Natur.

185, 816, 893 einheitlich den rechtstechnischen Verfügungsbegriff zugrunde legt. Es besteht keine Notwendigkeit, von diesem Verfügungsbegriff abzuweichen, wenn bei seiner Verwendung auch im Rahmen des § 1365 der Zweck dieser Vorschrift erreicht werden kann. Der Schutz des Aktivvermögens ist gerade bei Verwendung des rechtstechnischen Verfügungsbegriffes möglich, da eine Minderung des Aktivvermögens unmittelbar nur durch eine Verfügung in diesem Sinne erfolgen kann.

Die Einbringung des Vermögens in eine OHG bedarf als Verfügung im rechtstechnischen Sinne der Zustimmung des Ehegatten nach § 1365. Zwar ist § 1365 als Ausnahme von dem Grundsatz der selbständigen Vermögensverwaltung eng ausulegen; doch scheidet die Möglichkeit, diese vom Gesetzgeber nicht berücksichtigte Fallgruppe von § 1365 auszunehmen, selbst unter dem Gesichtspunkt der teleologischen Reduktion aus: die Übertragung des Vermögens auf eine OHG ist nicht nur eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne, sie bedeutet auch wirtschaftlich eine völlige Umgestaltung. Der Gesellschafter erhält das Vermögen, das er in die OHG eingebracht hat, nicht in dieser Form, sondern in Gestalt des Auseinandersetzungsguthabens oder eines Abfindungsanspruchs zurück. Für eine Reduktion ist daher kein Raum.

Die Übertragung des Vermögens auf eine OHG ohne Zustimmung des Ehegatten nach § 1365 ist unwirksam; der Gesellschafter-Ehegatte ist nicht aus § 128 HGB verpflichtet. Er haftet allerdings nach Rechtsscheinsgrundsätzen.

2. Ausscheidens- und Abfindungsvereinbarungen

a) Ausscheidensvereinbarungen

Die Ausscheidensvereinbarung hat zur Folge, daß der Gesellschafter bei Eintritt der vereinbarten Umstände aus der Gesellschaft ausscheidet und damit seine Gesamthandsbeteiligung verliert. Die Ausscheidensvereinbarung ist daher eine Verpflichtung zur Verfügung über das Vermögen in Gestalt

der Gesellschaftsbeteiligung und gleichzeitig diese Verfügung selbst mit aufschiebend bedingter Wirkung.

Für eine Reduktion ist an den Umstand anzuknüpfen, daß der Gesellschafter sein Auseinandersetzungsguthaben in derselben rechtlichen Form (schuldrechtlicher Anspruch gegen die anderen Gesellschafter) und mit demselben wertmäßigen Umfang ¹⁾ erhält, wie dies ohne die Einführung der Ausscheidensklausel geschehen wäre. Vermögensrechtlich erfährt seine Rechtsstellung keine Beeinträchtigung, was ein Hinweis auf die Zulässigkeit eines Fortsetzungsbeschlusses nach § 141 HGB mit ähnlichen Folgen wie eine Ausscheidensvereinbarung bestätigen mag. Die Umwandlung der dinglichen Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen in einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch wäre auch ohne die Ausscheidensklausel erfolgt; sie stellt insoweit keine echte Vermögensentscheidung dar, eine Mitwirkung des anderen Ehegatten ist nach Sinn und Zweck des § 1365 entbehrlich. Soweit infolge der Ausscheidensvereinbarung die Gesellschaft aufrechterhalten bleibt, ist dies ein Umstand, der außerhalb der Rechtssphäre der Ehegatten liegt und für die güterrechtlichen Beziehungen unter ihnen unerheblich erscheint.

b) Abfindungsvereinbarungen

Die Beteiligung repräsentiert vor, der Abfindungsanspruch nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft das Vermögen im ganzen. Abfindungsvereinbarungen werden daher von dem Wortlaut des § 1365 erfaßt.

Die Reduktion des § 1365 für Abfindungsvereinbarungen muß an dem Punkt ansetzen, daß Vereinbarungen dieser Art keine qualitative, sondern nur eine quantitative Veränderung des Auseinandersetzungsguthabens bewirken. Die Herabsetzung des Abfindungsanspruchs lediglich seinem Umfang nach läßt einen Teil der Vermögenssubstanz unberührt. Das zeigt sich deut-

1) Darin besteht der Unterschied zu einem Verkauf der Beteiligung.

lich, wenn man den Abfindungsanspruch - gedanklich - aufspaltet ¹⁾ und die Herabsetzung als Verzicht auf eine selbstständige Teilforderung begreift. Die Möglichkeit einer rein quantitativen Betrachtungsweise erlaubt es, Abfindungsvereinbarungen als Bruchteilsgeschäfte von dem Zustimmungserfordernis des § 1365 freizustellen, solange sie nicht den (fast) völligen Verlust des Abfindungsanspruchs zur Folge haben ²⁾. Das Ergebnis findet eine Bestätigung in folgender Überlegung: Der Ehegatte ist durch § 1365 nicht gegen bloße Verringerungen des Vermögens geschützt; für ihn als Inhaber eines künftigen Anspruchs auf Ausgleich des Zugewinns gelten wie für alle Gläubiger die §§ 1 ff. AnFG, §§ 29 ff. KO. Würde man jede Verschlechterung der Abfindungsregelung an die Zustimmung des Ehegatten binden, so würde man einen Sonderschutz ³⁾ des Ehegatten in einem Bereich einführen, der die vermögensrechtliche Handlungsfreiheit des Gesellschafters in besonderem Maße erfordert.

Ist eine Abfindungsvereinbarung nach § 1365 unwirksam, so ist zu unterscheiden:

-
- 1) In ähnlicher Weise läßt sich auch die Nichtanwendung des § 1365 auf die Bestellung von Grundpfandrechten erklären: die Bestellung einer Eigentümergrundschild wäre als bloße rechtliche Umbenennung zustimmungsfrei, ihre Abtretung als Bruchteilsgeschäft ebenfalls.
 - 2) Solche verzichtsähnlichen Abfindungsvereinbarungen sind idR schon wegen Gläubigerbenachteiligung, Kündigungerschwerung oder Sittenwidrigkeit unwirksam: BGH Z 22, 194 f.; Buchwald AcP 154, 24; Rittner FamRZ 1961, 512. Eine Ausnahme bilden gegenseitige Vereinbarungen für den Todesfall.
 - 3) Vor dem Erwerb der Gesellschaftsbeteiligung war ein Ehegatte gegen einseitige Minderungen des Vermögens durch den anderen Ehegatten nicht geschützt. Das muß auch für die Zeit nach der Einbringung des Vermögens in eine OHG gelten. Verwaltungsmaßnahmen, die den Charakter eines Bruchteilsgeschäftes haben, bleiben deshalb im Rahmen des § 1365 zustimmungsfrei.

Bleibt die Unwirksamkeit allein auf die Abfindungsregelung beschränkt, so tritt an ihre Stelle die gesetzliche Regelung. Erstreckt sich dagegen die Nichtigkeit nach § 139 auf den gesamten Gesellschaftsvertrag, so finden die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft Anwendung; darin liegt keine Umgehung des § 1365, da die Unwirksamkeit des gesellschaftlichen Zusammenschlusses nicht aus § 1365 folgt, sondern auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der Vertragsschließenden beruht. Auszahlungen auf Grund unwirksamer Abfindungsklauseln heilen den Unwirksamkeitsmangel nicht; die bloße Auszahlung hat keinerlei Vollzugsfolgen für das Gemeinschaftsverhältnis und begründet nicht die Anerkennung faktischer Wirksamkeit ¹⁾.

3. Auseinandersetzungskündigung und Ausscheidenskündigung

Unabhängig von der ihr durch den Gesellschaftsvertrag beilegenden Folge ist jede Kündigung eines Gesellschafters Verfügung im Sinne des § 1365: die Ausscheidenskündigung, weil sie die Gesellschaftsbeteiligung unmittelbar aufhebt, die Auseinandersetzungskündigung, weil sie die Gesellschaftsbeteiligung inhaltlich verändert. Beide Arten der Kündigung führen zur Umwandlung der dinglichen Beteiligung in einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch. Daß bei der Auseinandersetzungskündigung der Ehegatte bis zur Liquidation Gesellschafter bleibt und der schuldrechtliche Ausgleichsanspruch nicht unmittelbar entsteht, sondern erst - zeitlich verzögert - in der Abschlußbilanz festgestellt werden muß, ist für die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und des Anspruchs auf Zugewinnausgleich unerheblich. Für die Reduktion kann daher im wesentlichen von den gleichen Voraussetzungen ausgegangen werden.

Zu den vermögensneutralen Geschäften kann die Kündigung nicht gerechnet werden, da sie zur Umsetzung der gesamten

1) De la Motte S. 203

Vermögenssubstanz und zum Wechsel der Zuordnung führt. Damit ist auch eine Gleichbehandlung mit den Bruchteilsgeschäften ausgeschlossen.

Infolge der Kündigung wird das in die Gesellschaft eingebrachte Vermögen von dem Unternehmerrisiko befreit. Dieser Umstand könnte auf ein vermögensverwirklichendes Geschäft hinweisen. Doch ist zu bedenken, daß die Gesellschaftsbeteiligung Grundlage der Familie geworden sein kann, so daß ihre Aufgabe erneut die Übernahme eines Risikos, nicht allein die Aufhebung eines solchen bedeutet. Auch wenn man sich auf die Auseinandersetzungskündigung beschränkt, kann man die Abwicklung nach den gesetzlichen Vorschriften nicht als bloßen Vollzug einer der Gesellschaftsbeteiligung immanenten Eigenschaft ansehen, dem eine echte Vermögensentscheidung nicht vorausgehe und an der deshalb der Ehegatte nicht beteiligt zu werden brauche. Reines Vollzugsgeschäft ist die Auseinandersetzung nur, wenn die Gesellschaft ihrem Zweck nach auf Auseinandersetzung gerichtet war und die Liquidation nach den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt wird ¹⁾. Die OHG ist nicht in dieser Weise auf Liquidation gerichtet, für die Beteiligung des einzelnen Gesellschafters steht die spätere Umsetzung angesichts der Möglichkeit einer Übernahme des gesamten Geschäftes ²⁾ keineswegs fest.

Die Beteiligung ist ein Recht, das personenrechtliche und vermögensrechtliche Elemente in sich vereinigt. Deshalb kann nicht allein unter Hinweis auf den personenrechtlichen Charakter der Kündigung die Anwendung des § 1365

1) Zustimmungsfrei ist daher nicht, wie Reinicke Betr. 1965, 1352 meint, jede Auseinandersetzung einer Gesamthand, die nach den gesetzlichen Vorschriften erfolgt. Es ist darauf abzustellen, ob die Auseinandersetzung Vollzug des Zwecks der Gesamthand bedeutet, was z.B. für die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft nach §§ 2042 ff. zutrifft.

2) Vgl. § 142 HGB

ausgeschlossen werden. Die Kündigung bedeutet eine Entscheidung über die Aufgabe des gesamten Vermögens, so daß für eine am Schutzzweck des § 1365 orientierte Reduktion kein Raum ist. Für dieses Ergebnis spricht auch eine Überlegung zur Interessenlage: Während dem Ehegatten bei einer Reduktion die Mitverantwortung hinsichtlich eines Grundlagengeschäfts völlig genommen würde, ist bei der vorgeschlagenen Lösung der Gesellschafter nicht der Willkür seines Ehegatten ausgeliefert; für ihn bleibt die Möglichkeit, die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts herbeizuführen ¹⁾.

Die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft auf eine nach § 1365 unwirksame Kündigung ist ähnlich zu beurteilen wie die Anwendung dieser Regeln auf die unwirksame Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft. Das tatsächliche Ausscheiden führt zu einer Umgestaltung der Vermögensverhältnisse und - damit verbunden - zu einer Beendigung der persönlichen Treupflichten. Das bedeutet jedoch nicht, daß die Fehlerhaftigkeit der Kündigung nur mehr für die Zukunft geltend gemacht werden könnte, indem man dem Gesellschafter einen Anspruch auf Wiederaufnahme zubilligt ²⁾. Ein von den Gesellschaftern vereinbarter Ausscheidungsgrund hat nie vorgelegen, das Ausscheiden erfolgte daher, auch von dem Standpunkt der anderen Gesellschafter aus, ohne rechtfertigendes Moment. Das spricht dafür, von dem Fortbestand der Mitgliedschaft auszugehen. Bei Ausscheiden des Ehegatten sind auch nicht Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu berücksichtigen, die bei seinem Eintritt für eine Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft sprachen ³⁾. Letztlich entscheidend ist der Ge-

1) So auch Westermann, Handbuch Rz. 96; Wiedemann S. 264

2) So aber Hueck, OHG § 7 III 7 b

3) Vgl. allgemein zu der Behandlung der faktisch aufgelösten Gesellschaft: Steines, Die faktisch aufgelöste Offene Handelsgesellschaft (Marburg 1964) S. 31 ff.

sichtspunkt, daß eine Reduktion im Falle der Kündigung die Mitverantwortung des Ehegatten nicht rückwirkend wiederherstellen könnte und damit dem Schutzzweck der Norm zuwiderliefe. Die Kündigung unterliegt daher unabhängig von ihren Rechtsfolgen der Zustimmung des Ehegatten nach § 1365.

Diese Lösung trägt auch den Interessen der Gesellschafter Rechnung. Ist ihnen die Fortführung der Gesellschaft mit dem unwirksam ausgeschiedenen Ehegatten nicht zuzumuten, so können sie nach §§ 133, 140 HGB seinen Ausschluß ex nunc herbeiführen ¹⁾ 2).

1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim Vorb. 3 vor § 131; vgl. auch Steines S. 31, 49

2) Bei Fortsetzung der Gesellschaft mit dem zuvor fehlerhaft ausgeschiedenen Gesellschafter sind die Kapitalanteile entsprechend der Abfindungsbilanz festzusetzen. An dem in der Zwischenzeit erzielten Gewinn bzw. Verlust ist der Ausgeschiedene nicht zu beteiligen, da es sich um Entgelt für geleistete unternehmerische Tätigkeit handelt. Die Verbuchung hat über die Privatkonten zu erfolgen: Steines S. 49

Hauptteil 2: Verwaltungsbeschränkungen in der Gütergemeinschaft und ihre Auswirkungen im Recht der OHG

Dem verheirateten Unternehmer wird wegen der Schwierigkeiten, die Zugewinnausgleich und Verwaltungsbeschränkungen in der Zugewinnsgemeinschaft und der Gütergemeinschaft bereiten, allgemein von der Wahl dieser beiden Güterstände abgeraten ¹⁾.

Steuerrechtliche Vorteile, welche die Wahl der Gütergemeinschaft mit sich bringen würde ²⁾, werden kaum berücksichtigt ³⁾. Ihren Umfang möge eine kurze Übersicht veranschaulichen: Die Gütergemeinschaft unterliegt - ebenso wie die Personengesellschaften des Handelsrechts ⁴⁾ - nur einer einfachen Einkommens- und Vermögensbesteuerung, da sie nicht von der Person der Ehegatten losgelöst und zu einer juristischen Person verselbständigt ist ⁵⁾. Die rechnungsmäßige Verteilung der Einkünfte auf beide Ehegatten vermeidet die hohen Progressionssätze ⁶⁾. Da bei dem Tod eines Ehegatten die im Geschäft steckenden stillen Reserven schon zum großen Teil dem überlebenden Ehegatten gehören, kann

-
- 1) Vgl. Boesebeck Betr. 1958, 1148 f.; Kohler BB 1959, 932; Sichtermann BB 1959, 350; Tiefenbacher BB 1958, 568
 - 2) Die Rechtsprechung verlangt heute nicht mehr, daß ausschließlich oder überwiegend betriebliche Gründe die Rechtsform des Unternehmens bestimmen, sondern läßt auch wirtschaftliche, rein steuerliche Motive gelten: BFH BStBl. 1951 III S. 181 ff. = BB 1951, 746 f. unter Aufgabe von RFH RStBl. 1942 S. 497 f.
 - 3) Kurze Hinweise finden sich bei Dölle § 66 I 3 d; vgl. auch Mot. IV 147 ff.
 - 4) Tubbesing BB 1966, 833 Fußn. 73; die Verselbständigung der Kapitalgesellschaften zu juristischen Personen hat zur Folge, daß der ausgeschüttete Gewinn doppelt besteuert wird: der gesamte erzielte Gewinn der Kapitalgesellschaft unterliegt der Körperschaftsteuer, der ausgezahlte Gewinn darüber hinaus der Einkommensteuer.
 - 5) Buchwald-Tiefenbacher S. 108 ff.
 - 6) Dieser Effekt ist allerdings auch bei Geltung des gesetzlichen Güterstandes durch gemeinsame Veranlagung der Ehegatten zu erzielen.

eine Einsparung an Erbschaftsteuer ¹⁾ erreicht werden. Dieser Effekt läßt sich durch Vereinbarung der fortgesetzten Gütergemeinschaft noch verstärken, da - unter Vermeidung der Progressionssätze - den Erben der Nachlaß in mehreren Stufen zufällt.

Ein weiterer Vorteil der Gütergemeinschaft liegt darin, daß bei ihr dem wirtschaftlich wesentlichen Bestandsschutz in weit höherem Maße als bei den Handelsgesellschaften Rechnung getragen ist ²⁾. Ein Wechsel in der Person der Beteiligten ist der Gütergemeinschaft fremd; die Möglichkeit einer Kündigung der Gemeinschaft ist nicht vorgesehen und auch sonst die Zahl der Auflösungsgründe im Vergleich zu den Handelsgesellschaften herabgesetzt.

Der einzige Güterstand, dem nicht von vornherein Mißtrauen entgegengebracht wird, ist der Güterstand der Gütertrennung ³⁾. Die Zugewinnngemeinschaft ist rechtstechnisch als Form der Gütertrennung ausgestaltet, doch liegt ihr, wie die Vorschriften über den Zugewinnausgleich und die Verfügungsbeschränkungen zeigen, wenigstens funktional der Gedanke einer Vermögensgemeinschaft zugrunde ⁴⁾. Gerade in den genannten Vorschriften wurzeln die Bedenken gegen die Tauglichkeit der Zugewinnngemeinschaft als Güterstand für Gesellschafter. Musterformulare für Gesellschaftsverträge schließen dementsprechend, wenn nicht überhaupt den Güterstand, so doch wenigstens die Geltung dieser ihn typisierenden Bestimmungen aus ⁵⁾. Bei der Gütergemeinschaft ist der

1) Diese Möglichkeit besteht bei dem so oft empfohlenen Güterstand der Gütertrennung nicht, was sich besonders bei großen Vermögen nachteilig auswirken kann; vgl. Kohler BB 1959, 934; Model-Haegeler Rn. 1072 ff. (1073 d, e)

2) Gernhuber § 38 VII 4; Schneider-Martin § 16 II 4

3) Vgl. die Nachweise bei Fußn. 1 auf Seite 85

4) Gernhuber § 34 I 3

5) Kohler BB 1959, 933; Tiefenbacher BB 1958, 568; Sudhoff S. 10

Gedanke der Vermögensgemeinschaft nicht nur funktional programmiert, sondern auch sachenrechtlich durchgeführt. Er beruht nicht auf einzelnen wenigen Vorschriften, sondern prägt durchgehend den Charakter des Güterstandes.

Innerhalb der allgemeinen Gütergemeinschaft unterscheiden wir fünf Vermögensmassen, in denen der Gemeinschaftsgedanke mit unterschiedlicher Intensität seinen Ausdruck gefunden hat: Das Gesamtgut ist dinglich den beiden Ehegatten in Gemeinschaft zur gesamten Hand zugeordnet; dem entspricht, daß der Gesetzgeber gemeinsame Verwaltung durch beide Ehegatten vorgesehen hat. Sondergut und Vorbehaltsgut sind jedem Ehegatten als Einzelrechtssubjekt zugewiesen. Dabei steht das Sondergut dem Gesamtgut wirtschaftlich nahe, weil seine Verwaltung für Rechnung des Gesamtguts geschieht und die Erträgnisse des Sonderguts idR in das Gesamtgut fallen. Zu dem Sondergut eines Ehegatten gehören nach § 1417 Abs. 2 diejenigen Gegenstände, die durch Rechtsgeschäft nicht übertragen werden können. Da ein Gesellschafter nach § 719 Abs. 1 seine Beteiligung nicht ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter übertragen kann, sind Anteile an Personengesellschaften regelmäßig zum Sondergut zu rechnen ¹⁾.

§ 6: Die OHG - Beteiligung als Gegenstand des Sonderguts

I. Die Verwaltung der Beteiligung

Gehört zu dem Sondergut eines Ehegatten die Beteiligung an einer OHG, so ergibt sich für ihre Verwaltung eine Übereinstimmung von güterrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Regelung. Die Verwaltung ist nach Güterrecht wie nach Gesellschaftsrecht demselben Rechtssubjekt zugewiesen: nach

1) RG Z 146, 283; RGRK-Scheffler § 1417 Anm. 17; Soergel-Siebert-Vogel § 1417 Anm. 4; Erman-Bartholomeyczik § 1417 Anm. 3; Model-Haegele Rn. 136 (insb. FuBn. 88)

Gesellschaftsrecht dem (verheirateten) Gesellschafter, weil nur die Mitgliedschaft in der OHG die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte gestattet, nach Güterrecht dem (an der OHG beteiligten) Ehegatten, weil Gegenstände des Sonderguts allein seiner Verwaltung unterliegen. Der Umstand, daß die güterrechtliche Verwaltung des Sonderguts für Rechnung des Gesamtguts erfolgt, hat allenfalls schuldrechtliche Bedeutung und begründet kein Mitwirkungsrecht des Gesamtgutswalters. Die Übereinstimmung von güterrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Verwaltungsregelung ist Folge des Umstandes, daß die dingliche Zuordnung der Beteiligung an den Gesellschafter durch den Eintritt der Gütergemeinschaft nicht verändert wird.

II. Die Haftung des nichtverwaltenden Ehegatten nach

§ 128 HGB

Zu untersuchen bleibt, ob die Vereinbarung der Gütergemeinschaft einem nichtverwaltenden Ehegatten den Erwerb oder die Fortführung einer OHG-Beteiligung gestattet.

1. Die Haftung mit dem Gesamtgut

Bei der Gütergemeinschaft sind Verwaltungsmacht und Befugnis, das Vermögen der ehelichen Gemeinschaft einer Haftung für Schulden zu unterwerfen, parallel geordnet. Für Verbindlichkeiten eines Ehegatten haften sein Sondergut und sein Vorbehaltsgut. Für Schulden des verwaltenden Ehegatten haftet zusätzlich das Gesamtgut. Für Verbindlichkeiten des nichtverwaltenden Ehegatten tritt eine Haftung des Gesamtguts nur ausnahmsweise ein, nämlich dann, wenn der verwal tungsbefugte Ehegatte der Vornahme des Geschäftes zugestimmt hat oder dieses kraft gesetzlicher Bestimmung für das Gesamtgut wirksam geworden ist. Der Erwerb einer OHG-Beteiligung durch den nichtverwaltenden Ehegatten hätte demnach zur Folge, daß die Haftung nach § 128 HGB zwar die Gegenstände des Sonder- und Vorbehaltsguts, nicht aber die

Gegenstände des Gesamtguts erfassen würde. Es ergäbe sich die rechtliche Figur eines OHG-Gesellschafters, der für Gesellschaftsschulden nur mit einem Teil seines Vermögens einstehen müßte. Der Vermögenssicherungseffekt wäre noch größer als bei der Gütertrennung, weil dem Gesellschafter *e i g e n e s*, nicht dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger unterliegendes Vermögen verbliebe ¹⁾.

a) Die Haftungserweiterung nach §§ 1431, 1440

Der Gesetzgeber hat versucht, dieser Entwicklung im Haftungsrecht vorzubeugen. Nach § 1431 haftet das Gesamtgut auch für Verbindlichkeiten des nichtverwaltenden Ehegatten, wenn sie bei dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ²⁾ entstanden sind und diese kaufmännische Tätigkeit von dem Gesamtgutsverwalter genehmigt worden ist. Auch wenn die Genehmigung nicht erteilt worden ist, tritt die Haftung des Gesamtgutes ein, solange kein Widerspruch gegen die Führung des Geschäftes durch den nicht verwaltungsberechtigten Ehegatten im Güterrechtsregister eingetragen ist. § 1431 gilt auch für die Tätigkeit als Gesellschafter einer OHG ³⁾, doch besteht kaum eine Möglichkeit, gegen den Willen des Verwalters die Haftung des Gesamtguts

1) Eine vergleichbare Rechtsfigur ist die Anstalt des liechtensteinischen Rechts (geregelt in Art. 534-551 des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts - PGR -, das als 3. Teil des liechtensteinischen Zivilgesetzbuchs durch Gesetz vom 20.1.1926 erlassen wurde: Liechtensteinisches Landesgesetzblatt 1926 Nr. 4, ausgegeben am 19.2.1926). Ihr Wesen besteht darin, daß eine Einzelperson ihre Haftung auf einen bestimmten Teil ihres Vermögens beschränkt. Zur Frage der Vereinbarkeit dieser Rechtsform mit dem deutschen *ordre public* vgl. OLG Frankfurt AWD 1965, 175.

2) Zu dieser Voraussetzung vgl. im einzelnen: OLG Dresden SeuffArch 57, 147

3) Staudinger-Engler § 1643 Anm. 11; Westermann, Handbuch Rz. 121

herbeizuführen. Die Einwilligung des Verwalters kann von dem Vormundschaftsgericht nur für einzelne Geschäfte in Fällen offensichtlichen und groben Mißbrauchs ersetzt werden ¹⁾. Dieser Nachweis ist praktisch unmöglich, wenn der verwaltungsbefugte Ehegatte die Einwilligung verweigert, weil er eine Ausdehnung der gesellschaftsrechtlichen Haftung auf das gesamte Familienvermögen für zu gefährlich erachtet ²⁾.

Ein befriedigendes haftungsrechtliches Ergebnis ist auch nicht durch Anwendung des § 1440 zu erzielen, nach dem das Gesamtgut für gewisse Lasten des Sonderguts haftet. Wenn dem Gesamtgut der Wert des Sonderguts und seine Erträgnisse zufließen, ist es nur billig, ihm auch die laufenden Unkosten wie z.B. Steuern und Kosten für Erhaltung und Nutzungsgewinnung aufzuerlegen ³⁾. Zu diesen Unkosten gehören die haftungsrechtlichen Folgen nach § 128 HGB nicht, was sich am Beispiel der Altschulden besonders deutlich nachweisen läßt.

1) H.L., vgl. BayObLG Rspr 43, 356; Dölle S. 922 FuBn. 32; Ullmann S. 125; aa Jastrow, Die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts bei güterrechtlichen Streitigkeiten unter Eheleuten, ZZP 25, 128 ff. (148). Dieser Maßstab gilt auch für den Widerruf der Einwilligung: RG Z 84, 47.

2) Vgl. die Nachweise bei FuBn. 1) auf dieser Seite; das Vormundschaftsgericht kann ohnehin die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes nicht schlechthin ersetzen, wohl die Einwilligung zu einzelnen Rechtsgeschäften im Rahmen des Erwerbsgeschäftes: Dölle S. 922 FuBn. 32; RGRK-Scheffler § 1431 Anm. 9; § 1430 Anm. 6.

3) Dölle § 71 II 4 a; RGRK-Scheffler § 1440 Anm. 13

b) Der Anteil am Gesamtgut als Haftungsgegenstand

Ein direkter Zugriff der Gesellschaftsgläubiger wenigstens auf den Anteil ihres Schuldners an dem Gesamtgut ist ebenfalls ausgeschlossen ¹⁾. Der Anteil am Gesamtgut ist unpfändbar; er wird erst mit der Auflösung der Gütergemeinschaft frei. Die Auflösung der Gütergemeinschaft können die Gesellschaftsgläubiger nicht erzwingen. Eine § 135 HGB entsprechende Vorschrift fehlt ²⁾.

2. Die Vereinbarkeit güterrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Haftungsregelung

a) Die Art der Haftung des nichtverwaltenden Ehegatten

Der nichtverwaltende Ehegatte kann ohne die Einwilligung des Gesamtgutsverwalters für Gesellschaftsschulden nur eine auf sein Sondergut und sein Vorbehaltsgut beschränkte Haftung übernehmen. Angesichts dieser Lage erhebt sich die Frage, ob der nichtverwaltende Ehegatte überhaupt die Beteiligung an einer OHG erwerben oder fortführen kann.

-
- 1) Der Effekt der Sicherung von Vermögenswerten vor dem Zugriff von Gläubigern der Gesellschaft tritt ein, ohne daß der Gesellschafter - wie im Güterstand der Gütertrennung - das Eigentum auf seinen Ehegatten übertragen müßte. Im Hinblick auf die Möglichkeit einer Scheidung ist daher wegen § 1471 Abs. 1 BGB der Güterstand der Gütergemeinschaft einer Gütertrennung vorzuziehen.
 - 2) Der Anspruch auf Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft ist unpfändbar, weil er Bestandteil des Anteilsrechtes und mit diesem unlösbar verknüpft ist: RG Warn 1911 Nr. 139.
Werden dennoch zum Gesamtgut gehörende Gegenstände gepfändet, so steht dem Verwalter die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO zu; im Konkurs des nichtverwaltenden Ehegatten hat er ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO: Ullmann S. 251; Jaeger-Lent § 2 Anm. 9.

aa) Vergleich mit der Haftung des Kommanditisten

Für Personen, die nur einen Teil ihres Vermögens für Geschäfte der Gesellschaft und das hiermit verbundene kaufmannische Risiko zur Verfügung stellen wollen, hält das HGB die Stellung des Kommanditisten bereit. Der Kommanditist haftet den Gesellschaftsgläubigern mit einem größtmäßig feststehenden, aus dem Handelsregister ersichtlichen Teil seines Vermögens. Für die Beschränkung der Haftung des nichtverwaltenden Ehegatten enthält das Handelsregister keinen Hinweis; vielmehr wäre dazu eine Nachforschung im Güterrechtsregister erforderlich. Rückschlüsse auf den Umfang der haftenden Vermögensmasse (Sondergut und Vorbehaltsgut) wären selbst dann nicht möglich.

bb) Vergleich mit der Haftung der Ehefrau im früheren Güterstand der Verwaltung und Nutznießung

Ähnlich der Haftung des nichtverwaltenden Ehegatten war auch die Haftung der Ehefrau, die in dem früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung lebte, begrenzt ¹⁾. Auch in dem Güterstand der Verwaltung und Nutznießung konnte ohne Zustimmung des verwaltungsbefugten Ehegatten eine bestimmte Gütermasse, das eingebrachte Gut der Ehefrau, nicht der Haftung nach § 128 HGB unterworfen werden. Dieser Umstand hinderte nach allgemeiner Meinung die Ehefrau nicht daran, eine OHG-Beteiligung zu erwerben oder fortzuführen ²⁾.

Diese Beurteilung der Haftungsbeschränkung der Ehefrau ist jedoch nicht ohne weiteres auf den nichtverwaltenden Ehegatten im Güterstand der Gütergemeinschaft übertragbar. Das eingebrachte Gut stand - anders als das Gesamtgut -

1) Ullmann S. 164 sieht Parallelen zu Konkurs- und Nachlassverwaltung.

2) Ullmann JW 1902, 50 ff.; Weipert § 105 Anm. 20

im Alleineigentum der Ehefrau. Die Beschränkung der Befugnis, über das eingebrachte Gut zu verfügen und es einer Haftung für übernommene Verbindlichkeiten zu unterwerfen, war zur Sicherung des Verwaltungsrechtes erforderlich, das dem Ehemann kraft Gesetzes zustand. Demgegenüber beruht bei der allgemeinen Gütergemeinschaft das Verwaltungsrecht eines Ehegatten auf dem ehevertraglich niedergelegten Willen beider Ehegatten. Die Haftungsbeschränkung des nichtverwaltenden Ehegatten entspricht der Beschränkung in der Verfügung über das im Gesamtgut gebundene Vermögen.

b) Art und Umfang der gesellschaftsrechtlichen Haftung

aa) Die Bedeutung des § 128 HGB

Für Erhaltung und Bestand eines gewissen Gesellschaftsvermögens bestehen bei der OHG keine Garantien. Dieses Risiko der Gesellschaftsgläubiger mindern die §§ 105, 128 HGB, indem sie das Privatvermögen der Gesellschafter der Haftung für Schulden der OHG unterwerfen. Die Konstruktion des Gesetzgebers, nach der Privatvermögen der Gesellschafter und Gesellschaftsvermögen rechtlich verselbständigt, haftungsmäßig aber miteinander verknüpft sind, würde umgangen, wenn die Gesellschafter ihre Haftung durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarung abweichend regeln könnten. § 128 HGB enthält daher für den Gesellschaftstyp der OHG zwingendes Recht ¹⁾.

bb) Die Vereinbarkeit der Haftungsbeschränkung des nichtverwaltenden Ehegatten mit § 128 HGB

Im älteren Schrifttum werden Haftungsbeschränkungen kraft Gesetzes von den §§ 105, 128 HGB ausgenommen ²⁾. Die Haftungsbeschränkung des nichtverwaltenden Ehegatten findet

1) Vgl. statt aller: Hueck, OHG § 21 III; Paulick S. 36; Westermann, Handbuch Rz. 57, 58, 354

2) Vgl. statt aller: Weipert § 105 Anm. 20 mwN

ihre Grundlage nicht in einer gesetzlichen Vorschrift, sondern in dem von beiden Ehegatten abgeschlossenen Ehevertrag. Auch sie verstößt aber nicht gegen das gesellschaftsrechtliche Haftungssystem. Die im älteren Schrifttum ausgesprochene Zulässigkeit gesetzlicher Haftungsbeschränkungen in der Person eines OHG-Gesellschafters ist nicht umfassend. Ist § 128 HGB als Begrenzung der Privatautonomie der Gesellschafter zu verstehen, so sind alle Haftungsbeschränkungen zulässig, die nicht allein auf einer Vereinbarung der Gesellschafter beruhen. Insbesondere verstößt die aus der (güterrechtlichen) Verfügungsbeschränkung ¹⁾ folgende Haftungsbegrenzung des nicht verwaltenden Ehegatten nicht gegen § 128 HGB.

Haftungsbeschränkungen größeren Umfangs aufgrund vereinbarter Einschränkungen der Verfügungsmacht sind wegen § 137 BGB nicht zu befürchten. Das Ergebnis, daß ein OHG-Gesellschafter möglicherweise einmal nicht mit seinem gesamten Vermögen haftet, ist nicht außergewöhnlich: Beteiligt sich beispielsweise ein Gemeinschuldner an einer OHG, so unterliegt das konkursbefangene Vermögen nicht der Haftung nach § 128 HGB, obwohl es bis zur Abwicklung des Konkursverfahrens im Eigentum des Gemeinschuldners verbleibt: § 2 Abs. 1 S. 2 KO.

Sogar wenn ein nichtverwaltender Ehegatte in Konkurs fällt, und nach § 1 KO "das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen" als Konkursmasse zur Befriedigung der Gläubiger zusammengezogen wird, bleibt den Konkursgläubigern der Zugriff auf das im Gesamtgut gebundene Vermögen verwehrt. Ebenso können sich, wenn der nichtverwaltende Ehegatte Gesellschafter einer OHG ist, die Gesellschaftsgläubiger nicht aus dem Gesamtgut befriedigen. § 128 HGB gewährt ihnen insoweit keine besseren Befriedigungsmöglichkeiten.

1) Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 22

Ob eine haftungsmäßige Beschränkung kraft Güterrechts besteht, können die Gesellschaftsgläubiger durch Einsichtnahme in das Güterrechtsregister feststellen ¹⁾. Das Güterrechtsregister wird bei demselben Amtsgericht geführt, dem auch die Führung des Handelsregisters der OHG obliegt; § 1558 iV mit Art. 4 EGHGB ²⁾; § 125 FGG ³⁾.

III. Die Verwaltung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben

1. Die Problemstellung

Die Zugehörigkeit von Vermögensgegenständen zu Gesamtgut oder Sondergut wird im Güterstand der Gütergemeinschaft nach dem Kriterium der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit bestimmt. Der künftige Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben ist demnach dem Gesamtgut zuzurechnen mit der Folge, daß er der Verwaltung des nicht an der Gesellschaft beteiligten Ehegatten unterliegt ⁴⁾. An diesen güterrechtlichen Verwaltungsbefugnissen könnte eine allein am Gesellschaftszweck und an dem Bestandsschutz des Unternehmens orientierte Ausscheidens- und Abfindungsregelung scheitern, wenn sie nur mit Zustimmung des verwaltungsbe-
fugten Ehegatten wirksam werden könnte. Im einzelnen ergeben sich folgende Fragen:

-
- 1) Maßgebend für die güterrechtlichen Verhältnisse eines Kaufmanns ist allein das Güterrechtsregister, nicht das Handelsregister: RG Z 63, 248.
 - 2) Zur Einführung des Art. 4 EGHGB vgl. Denkschrift (HGB) S. 10; RGRK-Scheffler § 1558 Anm. 6.
 - 3) Würde man die Haftung nach § 128 HGB zugunsten gutgläubiger Geschäftspartner auf das Gesamtgut ausdehnen, so käme man zu einem systemwidrigen, weil an Eigenschaften des Gesellschafters anknüpfenden Schutz des guten Glaubens an die Verfügungsmacht: Karl Heinsheimer S. 78 f.
 - 4) RG Z 146, 283; KG DNotZ 1935, 989; Dölle S. 883 Fußn. 73; Gernhuber § 38 IV 2

Kann der nichtverwaltungsberechtigte Ehegatte ohne Zustimmung des Verwalters

1. seine OHG-Beteiligung abtreten mit der Folge, daß der Anspruch auf das Auseinandersetzungs-guthaben dem Gesamtgut verlorengeht
2. zusammen mit den anderen Gesellschaftern
 - a) die Fortsetzung der OHG beschließen und damit die Entstehung des Anspruchs zugunsten des Gesamtguts verhindern
 - b) oder die Berechnungsgrundlagen zum Nachteil des Gesamtguts ändern?

Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung ist die Rechtsposition, die der Verwalter des Gesamtguts kraft seiner güterrechtlichen Befugnisse im Hinblick auf den gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch erlangt hat.

2. Die Rechtsstellung des Gesamtgutsverwalters

Der in der Gesellschaftsbeteiligung verkörperte Vermögenswert kann in Form der nach § 717 S. 2 übertragbaren Vermögensbezüge anderen als gesellschaftlichen Zwecken dienstbar gemacht werden. Die freie Übertragbarkeit des Anspruchs auf das Auseinandersetzungs-guthaben ist Ausdruck der Loslösung, zumindest aber der Lockerung der Bindung an das Gesellschaftsverhältnis. Daran anknüpfend könnte man die Verwalterstellung des nicht an der Gesellschaft beteiligten Ehegatten von den güterrechtlichen Normen her begreifen. Von ihr wäre auch im Verhältnis zu den Gesellschaftern auszugehen, so daß Auseinandersetzungs- und Fortsetzungsvereinbarungen nur mit Zustimmung des verwaltungsberechtigten Ehegatten getroffen werden könnten. Die Grenze der Mitwirkung des Verwalters wäre mit dem OGH der Britischen Zone dort zu ziehen, wo die Ausübung der Verwaltungsbefugnisse auf "überwiegende gesell-

schaftsrechtliche Gegengründe" stößt 1).

Das Urteil des OGH, das auf den Einzelfall und seine tatsächlichen Umstände abzustellen empfiehlt, wird der Rechtsfrage, in welchem Umfang güterrechtliche Befugnisse zur Einwirkung Dritter auf ein Gesellschaftsverhältnis berechtigenden, nicht gerecht 2). Es ist zudem noch unter der Geltung des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung ergangen, behandelt also das gesetzliche Verwaltungsrecht des Ehemannes über das eingebrachte Gut der Ehefrau, d.h. über fremdes Vermögen 3). In der Gütergemeinschaft ist die Verwaltungsbefugnis eines Ehegatten rechtsgeschäftliche 4), aus der Zuständigkeit der Gesamthand abgeleitete Befugnis, die sich auf eigenes Vermögen der Gesamthand bezieht. Letztlich beruht die Verwaltungsbefugnis eines Ehegatten auf der ehevertraglich begründeten Gütergemeinschaft. Die Rechtsstellung des Gesamtgutsverwalters im Hinblick auf den künftigen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben wird deshalb überwiegend als die eines Zessionars betrachtet 5). Rechtsprechung und Lehre ziehen daraus übereinstimmend die Folgerung, daß der an der Gesellschaft beteiligte Ehegatte die in das Gesamtgut gefallen Ansprüche auf Gewinnanteil und Auseinandersetzungsguthaben nicht mehr ohne Zustimmung des Verwalters abtreten kann. Der Grundsatz, daß bei mehr-

1) OGH SJZ 1948 Sp. 752; ähnlich: Weipert § 114 Anm. 6, § 118 Anm. 4; Heymann-Kötter § 118 Anm. 1; RG Z 60, 130; RG LZ 1930 Sp. 246; aA Hueck SJZ 1948 Sp. 755-757 in (sonst zustimmender) Anmerkung zu dem Urteil des OGH.

2) Gogos, Die Geschäftsführung der Offenen Handelsgesellschaft (Tübingen 1953), S. 75; Schlegelberger-Geßler § 114 Anm. 4.

3) Weipert § 118 Anm. 4 vergleicht daher die Stellung des verwaltungsberechtigten Ehemannes mit der Stellung eines gesetzlichen Vertreters.

4) Dölle § 70 III

5) RG JW 1935, 1086; ebenso für den Gewinnanspruch: Staudinger-Geßler (10. Aufl.) § 717 Anm. 14

facher Abtretung eines Anspruchs die Priorität entscheidet und die spätere Abtretung unwirksam ist, wird damit auf künftige Ansprüche übertragen ¹⁾. Im übrigen gehen die Ansichten auseinander.

3. Die Abtretung der Beteiligung und ihre Folgen auf die Zuordnung des künftigen Auseinandersetzungsanspruchs zu dem Gesamtgut

a) Die herrschende Lehre

Die herrschende Lehre geht im Anschluß an Geßler ²⁾ davon aus, daß die Zuordnung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben zum Gesamtgut den Gesellschafter nicht hindere, über den Anspruch mittelbar durch Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung zu verfügen. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben falle nur mit der Maßgabe in das Gesamtgut und in die Verwaltungsbefugnis des Ehegatten, daß in der Person des Gesellschafters die Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs einträten; daran fehle es, wenn der Gesellschafter seine Beteiligung nicht auflöse, sondern mit Zustimmung der anderen Gesellschafter an einen Dritten übertrage ³⁾. Eine geschützte Rechtsposition könne der Gesamtgutsverwalter schon deshalb nicht erhalten, weil er nicht Gesellschafter werde und daher die Auswirkungen der bei seinem an der OHG beteiligten Ehegatten verbliebenen "gesellschaftsrechtlichen Herrschaftsmacht" hinnehmen müsse ⁴⁾.

-
- 1) BGH Z 30, 151; bestätigt von BGH WM 1960, 396. Ebenso für das Verhältnis zu einer anschließend nach § 135 HGB erfolgten Pfändung: RG Z 60, 130
 - 2) Schlegelberger-Geßler § 120 Anm. 10 Abs. 2; ebenso: Düringer-Hachenburg-Geiler Einl. Anm. 32; v. Tuhr AT II 1 § 60 V; Wieland S. 663; Wiedemann S. 300 f.
 - 3) v. Tuhr DJZ 1904 Sp. 426, 430; im Ergebnis übereinstimmend, aber kritisch zu der Begründung: Wiedemann S. 300
 - 4) Schlegelberger-Geßler § 120 Anm. 10 Abs. 2

b) Die Meinung von Fischer und Hueck

Diese herrschende Auffassung ist im Schrifttum zum Teil auf Widerspruch gestoßen. Vor allem Fischer und Hueck ¹⁾ haben sich gegen eine Überspielung der Gesamtgutszugehörigkeit durch Verfügungen des Gesellschafters über seine Beteiligung gewandt. Den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, den der Gesellschafter durch Eingehen der Gütergemeinschaft dem Gesamtgut übertragen habe, könne er auch mittelbar nicht ein zweites Mal übertragen. Ein gutgläubiger Erwerb des Anspruchs durch den Nachfolger in der OHG sei ausgeschlossen. Schließlich müsse man bedenken, daß die herrschende Lehre im Ergebnis die Verkehrsfähigkeit eines Anspruchs aufhebe, die der Gesetzgeber durch Zulassung der freien Abtretbarkeit nach § 717 S. 2 geschaffen habe.

Nach dieser Mindermeinung berührt die Abtretung der OHG-Beteiligung den Bestand des Gesamtguts nicht; nachteilige Einwirkungen auf den zum Gesamtgut gehörenden Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben kann der Gesellschafter nur mit Zustimmung des verwaltungsberechtigten Ehegatten vornehmen.

c) Stellungnahme

Den Kritikern der herrschenden Lehre ist insoweit recht zu geben, als sie die begriffsjuristische Art der Argumentation angreifen. Die Forderung, im Zeitpunkt des Entstehens des Auseinandersetzungsanspruches müsse, um ihn dem Gesamtgut zuzuordnen, die Verfügungszuständigkeit in der Person des nichtverwaltenden Ehegatten begründet sein, steht im Widerspruch zu dem von der herrschenden Lehre vertretenen Direktserwerb ²⁾ der abgetretenen zukünftigen Forderung durch

1) BGRK-Fischer § 717 Anm. 7; Hueck, OHG § 16 V 1; ebenso: Staudinger-Geiler (10. Aufl.) § 717 Anm. 3; wohl auch Gösele S. 73

2) Vgl. statt aller: BGH WM 1960, 396 mwN.

den Zessionar. Hat der Zedent die Verfügungsbefugnis über die zukünftige Forderung infolge Abtretung verloren, so ist es müßig zu untersuchen, ob er im Augenblick der Entstehung eigene Verfügungsbefugnis über das - nunmehr - fremde Recht erwirbt. Es klingen hier Gedanken an, wie sie im Rahmen des § 185 beim Erwerb von einem Nichtberechtigten angestellt werden ¹⁾. Dort ist es jedoch sinnvoll, auf den Eintritt der Verfügungsberechtigung in der Person des Verfügenden abzustellen, weil dieser über ein fremdes Recht und damit unwirksam verfügt ²⁾ hat. Die Zuordnung des künftigen Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben erfolgt dagegen auf Grund bestehender Verfügungsmacht und ist bereits wirksam.

In den Vordergrund rückt damit das zweite Argument, nach dem der Gesellschafter dank seiner gesellschaftlichen Herrschaftsmacht weiterhin (mittelbar durch Verfügung über die Beteiligung) auf den zum Gesamtgut gehörenden Auseinandersetzungsanspruch einwirken könne. Damit ist der wichtigste Einwand der Vertreter der Mindermeinung angesprochen, daß der Gesellschafter sich durch Abschluß des Ehevertrages mit der Folge der Zuordnung des Anspruchs an die eheliche Gesamthand seiner Verfügungsbefugnis begeben habe. Der anschließende Hinweis auf die Unmöglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Forderungen ist sekundärer Natur, er steht und fällt mit der Frage nach der verbliebenen Verfügungsbefugnis. Wiedemann ³⁾ hat darauf hingewiesen, daß dem Eigentümer bei schuldhafter Beschädigung seiner Sache ein Anspruch auf Ersatz des Schadens auch dann zustehe, wenn

1) Palandt-Danckelmann § 185 Anm. 3

2) v. Tuhr DJZ 1904 Sp. 427 hält hingegen eine Gleichstellung unter dem Gesichtspunkt für gerechtfertigt, daß die Verfügung des Zedenten in beiden Fällen das Objekt noch nicht vorfinde.

3) Wiedemann S. 301

ein früherer Eigentümer alle zukünftigen Ansprüche aus Eigentumsverletzung abgetreten hätte. Ob allgemein eine Verfügung über das Gesamtrecht entgegenstehende Verfügungen über die aus dem Gesamtrecht fließenden Einzelrechte beseitigt ¹⁾, kann dahinstehen. Die Unbeachtlichkeit der Vorausabtretung in dem von Wiedemann gewählten Beispiel ergibt sich aus der Struktur des Eigentums, das bei Anerkennung der Abtretung aller künftig entstehenden Ersatzansprüche praktisch ausgehöhlt würde. Überträgt man diese Gedanken auf die OHG-Beteiligung, so ergibt sich: dem Gesellschafter ist aufgrund seiner Mitgliedschaft in der OHG ein Vermögenswert zugewiesen, den für die Dauer seiner Mitgliedschaft die Beteiligung verkörpert; mit seinem Ausscheiden übernimmt der Auseinandersetzungsanspruch an Stelle der aufgelösten Beteiligung die Funktion der Erhaltung des Vermögenswertes. Da die Beteiligung bereits den Auseinandersetzungsanspruch als künftiges Recht umschließt, ist sie als Gesamtrecht in dem zuvor beschriebenen Sinne zu verstehen. Dann kann der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben unabhängig von jeder Vorausabtretung nur in der Person dessen entstehen, der das Gesamtrecht zum Erlöschen bringt. Die Verkehrsfähigkeit des Anspruchs ²⁾ steht dem nicht entgegen, was bei dem ebenfalls übertragbaren Anspruch auf Gewinn deutlich wird. Der Nachfolger in

1) So: v. Tuhr AT II 1 § 60 V.

2) Hueck, OHG S. 170 Fußn. 53 irrt, wenn er der Gegenmeinung vorwirft, nach ihr erschöpfe sich die Abtretung in der Verpflichtung des Gesellschafters, nach endgültiger Festlegung der Höhe des Anspruchs durch Festsetzung des Gewinns bzw. durch Liquidation der OHG die Übertragung vorzunehmen. Es tritt z.B. sofort die Folge ein, daß dem Gesellschafter eine nochmalige Abtretung mit dinglicher Wirkung nicht möglich ist. Die Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben wird ferner, wenn sie sicherungshalber erfolgt ist, im Konkurs des Sicherungsgebers praktisch (Westermann, Handbuch Rz. 332).

der Gesellschaft erhält die Beteiligung an dem erzielten Gewinn als Entgelt für die geleistete Arbeit und das getragene unternehmerische Risiko und ist deshalb nicht an vorausgegangene Abtretungen gebunden ¹⁾.

Zusammenfassend ergibt sich: die Zuordnung des künftigen Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben hindert den Gesellschafter nicht daran, seine Beteiligung an einen Dritten abzutreten; der Umstand, daß diese Abtretung zur Minderung des Gesamtgutes um den Auseinandersetzungsanspruch führt, macht keine Mitwirkung des Verwalters bei der Abtretung der OHG-Beteiligung erforderlich; der Anspruch ist von vornherein mit dieser Beschränkbarkeit in das Gesamtgut gefallen.

4. Fortsetzungsbeschluß und vertragliche Herabsetzung des Auseinandersetzungsguthabens

Gefährdet erscheint der zum Gesamtgut gehörende Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, wenn die Gesellschafter seine Realisierung bei Auflösung der OHG durch einen Fortsetzungsbeschluß verhindern oder seine Höhe durch eine dem Gesamtgut nachteilige Änderung der Berechnungsgrundlagen beeinflussen könnten. Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Lehre darüber, daß derartige Beschlüsse, soweit sie

1) Westermann, Handbuch Rz. 326.

Der notwendigen Verknüpfung von Mitgliedschaft und Anspruch auf Beteiligung an dem erzielten Gewinn folgt das Reichsgericht (RG JW 1935, 1086), indem es die Veräußerung der Beteiligung unter Vorbehalt des Dividendenanspruchs für das laufende Jahr als Rückübertragung dieses Anspruchs interpretiert. Die Abspaltung des Gewinnanspruchs von der Beteiligung sei nur mit Willen des **j e w e i l i g e n** Gesellschafters möglich. Gössle S. 60 sieht darin eine Bestätigung des von ihm aufgestellten Grundsatzes, daß das Ergebnis eigenverantwortlicher Leistung nicht **u n m i t t e l b a r** einem Dritten zustehen könne; vgl. auch S. 66

gegen den Willen des an der OHG beteiligten Ehegatten getroffen werden können, auch dem Gesamtgutsverwalter gegenüber wirksam sind ¹⁾. Nicht geklärt hingegen ist die Wirksamkeit von Beschlüssen, die unter Mitwirkung des an der OHG beteiligten Ehegatten zustande gekommen sind.

a) Übersicht über den Streitstand

Nach einer im Schrifttum besonders von Geiler vertretenen Auffassung ²⁾ hat der an der Gesellschaft beteiligte Ehegatte durch die Zuordnung des Auseinandersetzungsanspruchs zum Gesamtgut die Befugnis verloren, durch Mitwirkung bei Gesellschafterbeschlüssen Verfügungen über den Anspruch vorzunehmen. Fortsetzungsbeschlüsse und nachteilige Änderungen der Abfindungsregelung sind nach dieser Meinung nur mit Zustimmung des Gesamtgutsverwalters wirksam.

1) Staudinger-Geiler (10. Aufl.) § 717 Anm. 3 ff.; Wiedemann S. 304 mwN.

2) Staudinger-Geiler (10. Aufl.) § 717 Anm. 3; Staudinger-Keßler (11. Aufl.) § 717 Anm. 13; Düringer-Hachenburg-Geiler Einl. Anm. 32; wohl auch RGRK-Fischer § 717 Anm. 7; nicht hingegen, wie manchmal (z.B. bei Wiedemann S. 304) angenommen wird RG JW 1917, 539 f. = RG Z 90, 20; RG Z 91, 431. Zwar heißt es (JW 1917, 540), der Zessionar habe durch die Abtretung den Vorteil erlangt, daß die Bestimmungen, die der Gesellschaftsvertrag oder das Gesetz über die Art der Auseinandersetzung aufstelle, nicht mehr zu seinen Ungunsten geändert werden könnten. Doch verweist der Senat aaO selbst darauf, daß das gesamte Auseinandersetzungsverfahren Sache der Gesellschafter bleibe und der Zessionar sich wegen Nachteilen, die er durch verzögerte oder vorschriftswidrige Liquidation erlitte, nur an den Zedenten halten könne. RG Z 91, 431 bezieht sich ausdrücklich auf diese frühere Entscheidung.

Weipert § 109 Anm. 10 schlägt vor, auf die Kenntnis des Erwerbers abzustellen und § 407 BGB analog anzuwenden.

Die herrschende Lehre ¹⁾ stellt darauf ab, daß allein der nichtverwaltende Ehegatte Gesellschafter ist und erkennt eine aus der Innehabung des Gesamtrechts fließende Befugnis an, auch über die von dem Gesamtrecht umschlossenen Einzelansprüche durch Mitwirkung an Gesellschafterbeschlüssen zu verfügen; die Wirksamkeit dieser Beschlüsse von der Zustimmung des Gesamtgutsverwalters abhängig zu machen, hieße, einem nicht an der Gesellschaft Beteiligten praktisch ein Stimmrecht bei der Willensbildung der Gesellschaft einzuräumen.

b) Stellungnahme

Das Argument, die Zustimmung des Gesamtgutsverwalters liefere praktisch auf die Einräumung eines Stimmrechts hinaus, hat seit der Entscheidung des BGH vom 29.5.1967 (II ZR 105/66)²⁾ an Bedeutung verloren. Folgender Sachverhalt hatte zur Beurteilung gestanden:

Der Mehrheitsgesellschafter A einer GmbH hat sich verpflichtet, seiner Frau 16 Geschäftsanteile abzutreten. Der Gesellschaftsvertrag enthält die Bestimmung, daß die Veräußerung von Geschäftsanteilen der Genehmigung der Gesellschafterversammlung bedarf. In der Gesellschafterversammlung enthielt sich A der Stimme, die übrigen Gesellschafter lehnten die Genehmigung ab.

Frau A erhob Klage mit dem Antrag, den A zu verurteilen, einen Genehmigungsbeschluß herbeizuführen und ihr die 16 Geschäftsanteile zu übertragen.

1) RG Z 98, 320; RG JW 1935, 1086; KG OLG Rspr. 14, 177; Schlegelberger-Geßler § 109 Anm. 17, 18; § 120 Anm. 10; Weipert § 109 Anm. 10; § 122 Anm. 14; Hueck, OHG § 17 IV 2; S. 257 Fußn. 41; Wieland S. 663; Soergel-Siebert-Schultze v. Lasaulx § 717 Anm. 9; Palandt-Thomas § 717 Anm. 2; Becker GmbH Rdsch. 1951, 93
Dahinter steht die Überlegung, das Mitgliedschaftsrecht müsse von Einflüssen Dritter freigehalten werden: RG JW 1917, 539 f. mit zust. Anm. von Flechtheim JW 1917, 539.

2) BGH Z 48, 163 ff. (172)

Der II. Senat hat in Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts ¹⁾ der Klage stattgegeben. Er hat eingeräumt, daß die Klägerin mit der Vollstreckung des Urteils die Stimmabgabe beeinflußt und im Wege des Erfüllungszwangs auf die (interne) Beschlußfassung der Gesellschafter einwirkt, hält diese Konsequenz aber mit Rücksicht auf die Bedeutung von Abstimmungsverträgen im Rechts- und Wirtschaftsleben für unumgänglich.

Der Senat erkennt danach in gewissen Grenzen eine mittelbare Beteiligung Dritter an der gesellschaftlichen Beschlußfassung an. Einen weitergehenden Schluß darauf, ob nachteilige Fortsetzungs- und Abfindungsbeschlüsse ohne die Zustimmung des Gesamtgutsverwalters getroffen werden können, läßt die Entscheidung jedoch nicht zu. In dem Urteil des II. Senats ging es um die Erfüllbarkeit und Vollstreckbarkeit eines abgetretenen, fälligen Anspruchs. Dieses Maß an Bestimmtheit fehlt dem zukünftigen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Der Zeitpunkt der Auseinandersetzung steht idR nicht fest; der Verwalter kann ihn nicht herbeiführen. An der Liquidation und der Erstellung der Abschlußbilanz ist er nicht beteiligt. Entscheidend muß daher auf den Gesichtspunkt abgestellt werden, ob und inwieweit durch die güterrechtliche Zuordnung des Auseinandersetzungsan-

1) RG Z 112, 273 ff. (279) und RG Z 160, 262 hielten Erfüllungszwang angesichts der gesellschaftsrechtlichen Entschließungsfreiheit für ausgeschlossen; ebenso Brodmann, Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsverträgen, JW 1929, 615 ff. (615); Max Wolff, Einklagbarkeit und Erzwingbarkeit von Abstimmungsverpflichtungen, JW 1929, 2115-2117.

Auch der BGH selbst schränkt ein, wenn er - S. 171 - ausführt, die Vollstreckung richte sich nur gegen den Gesellschafter und bedeute keinen Eingriff in die Willensbildung der Gesellschaft. Bedenkt man, daß die Genehmigung der Abtretung kein Rechtsgeschäft mit einem Dritten ist, sondern ein Akt des gesellschaftlichen Lebens (KG OLG Z 1965, 323), so erscheinen diese Ausführungen des BGH etwas zwiespältig.

spruchs zum Gesamtgut die selbständige, aus der Gesellschafterstellung erwachsene Dispositionsbefugnis auf den Verwalter übergegangen ist.

Eine ähnliche Interessenlage findet sich im Mietrecht, wenn der Vermieter nach Abtretung künftiger Mietzinsansprüche mit seinem Mieter einen niedrigeren Mietzins vereinbart oder den Mietvertrag kündigt. Der Zessionar wird in diesen Fällen nach allgemeiner Meinung ¹⁾ auf Schadensersatzansprüche gegen den Vermieter verwiesen. Das Verbleiben der Dispositionsbefugnis bei dem Vermieter beruht darauf, daß die künftigen Mietzinsansprüche aus dem Dauerschuldverhältnis erwachsen, auf das der Zessionar keinen Einfluß hat. Eben diese Rechtslage ist, wie bereits dargelegt, auch für das Gesellschaftsverhältnis typisch. Der Gesellschafter behält daher trotz der Zuordnung des künftigen Auseinandersetzungsanspruchs zum Gesamtgut seine gesellschaftliche Gestaltungsfreiheit ²⁾, bis er von ihr im Zusammenwirken mit den anderen Gesellschaftern **a b s c h l i e ß e n d** Gebrauch gemacht hat. Bezogen auf den Auseinandersetzungsanspruch liegen diese Voraussetzungen vor, wenn die Gesellschaft aufgelöst **u n d** der Anspruch aufgrund der Abschlußbilanz nach Art und Umfang festgestellt worden ist. Auch ohne die Zustimmung des Gesamtgutsverwalters kann daher der an der

1) Vgl. statt aller: OLG München OLGRspr. 20, 108; Staudinger-Kiefersauer § 459 Anm. 48

2) Westermann, Handbuch Rz. 326, äußert sich im Hinblick auf die Abtretung des künftigen Gewinnanspruchs dahin, daß der Zessionar gegen "gesellschaftsrechtliche Beeinträchtigungen" nicht geschützt sei. "Gesellschaftsrechtliche Beeinträchtigungen" sind aber nicht nur nachteilige Beschlüsse, die von allen Gesellschaftern oder jedenfalls der Mehrheit gefaßt werden, sondern alle Einwirkungen, die von einem oder mehreren Gesellschaftern kraft ihrer Gesellschafterstellung vorgenommen werden können.

OHG beteiligte Ehegatte zusammen mit den anderen Gesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen ¹⁾ und eine Herabsetzung des Abfindungsguthabens vereinbaren. Die Wirksamkeit eines solchen Gesellschafterbeschlusses schließt das Entstehen eines Schadenersatzanspruchs gegen den an der Gesellschaft beteiligten Ehegatten nicht aus. Nichtig nach § 138 ²⁾ sind nur Gesellschafterbeschlüsse, die eine Benachteiligung des Gesamtgutsverwalters zum Ziele haben.

§ 7: Die OHG - Beteiligung als Gegenstand des Gesamtguts

I. Die Gütergemeinschaft als Gesellschafter einer OHG

Ob die Beteiligung an einer OHG in das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft fallen kann, ist bislang nicht geklärt.

1. Übersicht über den Streitstand

Neuere Gerichtsentscheidungen zu diesem Problemkreis liegen nicht vor. Die Stellungnahmen in der Literatur sind uneinheitlich. Einige Autoren ordnen eine OHG-Beteiligung allein aufgrund der Vereinbarung freier Übertragbarkeit dem Gesamtgut zu ³⁾. Die Mehrzahl verlangt im Anschluß an die Recht-

-
- 1) A.A. Westermann, Handbuch Rz. 96, der den Fortsetzungsbeschluß dem Neuabschluß eines Gesellschaftsvertrages gleichstellen will.
Anders als bei dem Neuabschluß eines Gesellschaftsvertrages ist aber bei einem Fortsetzungsbeschluß die Aufrechterhaltung der bisherigen Vermögenslage die Folge; eine Änderung in der dinglichen Zuordnung unterbleibt.
 - 2) Das Rechtsverhältnis Gesellschaft/Zessionar ist nur unter dem Gesichtspunkt der §§ 138, 826 BGB zu prüfen; im übrigen ist der Zessionar auf Schadenersatzansprüche gegen den Zedenten angewiesen.
 - 3) Dölle § 67 III 8; Gernhuber § 38 II 6 u. S. 376 Fußn. 2; Kipp-Wolff § 60 IV; Fabricius S. 157; Schneider-Martin S. 381 Fußn. 87; Soergel (4. Aufl.) § 1439 Anm. 1

sprechung des Kammergerichts ¹⁾ zusätzlich die Aufnahme des bisher nicht beteiligten Ehegatten in die Gesellschaft ²⁾ oder hält die Zugehörigkeit von Gesellschaftsbeteiligungen zum Gesamtgut grundsätzlich für ausgeschlossen ³⁾. Als Gründe dafür, daß eine OHG-Beteiligung nicht in das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft fallen könne, werden fehlende Rechtspersönlichkeit ⁴⁾ der ehelichen Gesamthand sowie mangelnde "Übertragbarkeit" einer OHG-Beteiligung im Sinne des § 1417 ⁵⁾ angeführt. Die Gütergemeinschaft müsse, was die Beteiligung an einer OHG angehe, der Erbengemeinschaft ⁶⁾ gleichgestellt werden ⁷⁾. Zum Teil wird auch mit Rücksicht auf das gesellschaftliche Haftungsrecht die Möglichkeit der Beteiligung der Gütergemeinschaft an einer OHG verneint ⁸⁾.

2. Stellungnahme

Das Argument fehlender "Übertragbarkeit" iS des § 1417 kann zunächst zurückgestellt werden; denn damit wird die - logisch an die zweite Stelle gehörende - Frage aufgeworfen,

-
- 1) KG HRR 1935 Nr. 1055; ihm folgen RG Z 146, 282; OLG Stuttgart Recht 1936 Nr. 1704
 - 2) Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 55 d; Weipert § 105 Anm. 25; RGRK-Fischer § 719 Anm. 3
 - 3) Lutter AcP 161, 163 ff.; Westermann, Handbuch Rz. 121; Hueck, OHG § 2 I 3 d; Wiedemann S. 205 f.; Böttcher, ZHR 114, 100; Baumbach-Duden § 105 Anm. 1 D; Kölling S. 79
 - 4) Lutter AcP 161, 171
 - 5) Lutter AcP 161, 176
 - 6) Die Erbengemeinschaft kann nach fast einhelliger Ansicht nicht Gesellschafter einer OHG werden; vgl.: BGH Z 22, 192; Hueck, OHG § 2 I 3 c; Westermann, Handbuch Rz. 517; Siebert S. 21, jeweils mwN; aA: Eiselt AcP 158, 323; Buchwald JR 1955, 174 f.; neuerdings auch Börner, Die Erbengemeinschaft als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft, AcP 166, 426 ff. (453).
 - 7) Hueck, OHG § 2 I 3 d
 - 8) Westermann, Handbuch Rz. 121

ob eine nach Struktur der Personengesellschaft und Ausgestaltung des Gesamtguts grundsätzlich mögliche Zuordnung durch die Vorschrift des § 1417 wahrgenommen wird. Dem muß die Untersuchung vorausgehen, ob die Beteiligung an einer OHG überhaupt Gegenstand des Gesamtguts werden kann. Das setzt voraus, daß der Träger des Gesamtguts, die eheliche Gesamthand, eine OHG-Beteiligung erwerben kann.

a) Personenmehrheiten als OHG-Gesellschafter

Nach der älteren Rechtsprechung ¹⁾, die im Schrifttum überwiegend Zustimmung fand ²⁾, konnten nur natürliche Personen OHG-Gesellschafter werden. Eine andere Auffassung setzte sich erst durch, als Art. 85 ADHGB, die stärkste Stütze jener Ansicht, nicht in das HGB übernommen wurde. Nachdem das Reichsgericht schon früher ³⁾ die Möglichkeit der Beteiligung juristischer Personen an einer OHG anerkannt hatte,

-
- 1) RG Z 36, 140; OLG Hamburg ZHR 40, 457 und HansGer-Ztg 1922 HptBl. 97 (kommentiert von Zielinski S. 69); KGJ 11, 17 ff.
 - 2) Staub-Pinner § 105 Anm. 23; Neufeld-Schwarz, Handelsgesetzbuch Bd. II (Berlin 1931) § 105 Anm. 15; Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (2. Aufl., München u. Berlin 1932), § 105 Anm. 2 b; Goldmann, Das Handelsgesetzbuch Bd. II (Berlin 1905) § 105 Anm. 22; Wenglers Archiv für civilr. Entscheidungen 1883 S. 621; aa: Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 105 Anm. 22; Wieland S. 837; Geiler, Besprechung von Daeschner "Handelsgesellschaftliche Gestaltungsform", JW 1924, 1113.
Aus Art. 85 ADHGB ähnlichen Formulierungen z.B. in den §§ 141, 239, 296 ZPO, §§ 101, 129 KO wurde nie der Schluß gezogen, diese Vorschriften könnten nur auf natürliche Personen Anwendung finden.
 - 3) RG Z 105, 101 ff. (Urteil vom 4.7.1922 - II B 2/22)

sind Rechtsprechung ¹⁾ und Schrifttum ²⁾ heute noch einen Schritt weiter gegangen und haben auch die Beteiligung einer OHG an einer anderen OHG zugelassen. Ein Dogma, nach dem Personenmehrheiten mit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit als OHG-Gesellschafter von vornherein ausscheiden, existiert also nicht ³⁾.

b) Typenzwang und Typenvermischung

Typenfreiheit in der Form wie im Schuldrecht, daß die Beteiligten dem Gesetz völlig unbekannte Vertragstypen schaffen können, besteht im Gesellschaftsrecht nicht. Die Gesellschafter sind im wesentlichen auf das Recht der freien Typenwahl beschränkt. Unsere Untersuchung richtet sich nicht auf die Frage, ob die Gütergemeinschaft neben den gesetzlich beschriebenen Typen der OHG und KG als Form für den Betrieb eines Handelsgewerbes durch eine Personenmehrheit zugelassen werden soll. Sie hat vielmehr die Einordnung der Gütergemeinschaft als Gesellschafter innerhalb einer OHG zum Gegen-

-
- 1) OLG Stuttgart DR 1944, 575 unter Aufgabe von OLG Stuttgart OLGRspr 24, 170 f.; LG Göttingen NJW 1949, 790 unter Hinweis auf den Wechsel der hL in der Literatur; neuerdings auch OLG Neustadt RdW 1964 Nr. 666; aA: KG DNotZ 1929, 341.
 - 2) Weipert § 105 Anm. 27; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 105 Anm. 22; Baumbach-Duden (16. Aufl.) § 105 Anm. 1 c; Hueck, OHG § 2 I 3 a und GesR S. 54; Julius v. Gierke S. 189; Müller-Erzbach S. 186; Westermann, Handbuch Rz. 117, 118; Wieland S. 837; aA: Staub-Pinner § 105 Anm. 23; Leeb, Können Handelsgesellschaften Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft sein?, Blätter für Rechtsanwendung, 13. ErgBd., S. 305 ff. (306).
 - 3) Eiselt AcP 158, 322.

stand und wirft das Problem der Typenvermischung auf ¹⁾.

Die zu Typenzwang und Typenvermischung im Gesellschaftsrecht entwickelten Grundsätze gehen davon aus, daß Dritte den Inhalt eines Gesellschaftsvertrages in der Regel nicht in allen Einzelheiten ermitteln können. Die Interessen des Rechtsverkehrs erfordern deshalb, daß bereits aufgrund der Wahl der Rechtsform, unabhängig von den im Gesellschaftsvertrag getroffenen Bestimmungen, die Gesellschaft gewisse Eigenschaften aufweist ²⁾. Zu diesen unabdingbaren essentiellen Merkmalen der OHG gehört die in § 128 HGB normierte Haftung der Gesellschafter. Da der Gesellschaftszweck der OHG nur durch Teilnahme am Handelsverkehr verfolgt werden kann, müssen Personenmehrheiten, die sich an einer OHG beteiligen wollen, hinreichend vereinheitlicht sein.

Neben den durch die essentiellen Merkmale des Gesellschaftstyps festgelegten Grenzen bestehen für die Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses keine weiteren Beschränkungen.

Rechtliche, wirtschaftliche oder steuerliche Überlegungen können im Einzelfall Abweichungen von der gesetzlichen Regelung nahelegen. Funktion der Rechtsordnung ist es, die freie Entfaltung dieser Interessen zu ermöglichen ³⁾. Dabei kann es, wie die Entwicklung der kapitalistischen Kommandit-

1) Die hier vorgenommene Unterscheidung Typenzwang/Typenvermischung bleibt im Ergebnis ohne praktische Bedeutung, da die Innehabung einer Gesellschafterstellung in einer OHG Betrieb eines Handelsgewerbes bedeutet (Westermann, Handbuch Rz. 121) und insoweit wieder die Regeln des Typenzwangs herangezogen werden können. Die Unterscheidung verfolgt den Zweck, unsere Untersuchung auf die Einordnung der Gütergemeinschaft innerhalb einer OHG zu beschränken und das Verhältnis der Gütergemeinschaft als besonders ausgeformter Personenmehrheit zu den nach den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens geprägten Formen der OHG und KG nach Möglichkeit auszuklammern.

2) Paulick S. 36; Haupt-Reinhardt S. 3, jeweils mwN.

3) H.J. Wolff, Studium Generale 1952 S. 201; Paulick S. 18

gesellschaft ¹⁾ zeigt, auch zu der Ausbildung von Mischformen kommen. Die Beteiligung einer Gütergemeinschaft an einer OHG ist daher nicht aus dem Gesichtspunkt der Typenvermischung von vornherein ausgeschlossen, sondern auf ihre Vereinbarkeit mit den Wesenselementen der OHG zu überprüfen ²⁾.

c) Gütergemeinschaft und essentielle Merkmale der OHG

Mit Rücksicht auf die Ausgestaltung der OHG und die diesem Gesellschaftstyp eigenen Merkmale wird die Beteiligung einer Erbengemeinschaft als Gesellschafter an einer OHG abgelehnt ³⁾, die Beteiligung einer anderen OHG hingegen zugelassen ⁴⁾. Das legt eine Untersuchung der Struktur der Gütergemeinschaft auf Ähnlichkeiten mit den Rechtsformen der OHG und der Erbengemeinschaft nahe.

1) Vgl. statt aller: RG JW 1906, 141; Schlegelberger-Geßler § 161 Anm. 31; Sudhoff S. 31-33

2) Paulick S. 20; Haupt-Reinhardt S. 3; Fabricius S. 150. Nach KG HRR 1932 S. 749 sind die Formen für den Betrieb eines Handelsgeschäfts bei Beteiligung mehrerer Personen im HGB erschöpfend festgestellt; aa schon ROHG Bd. 23, 167. Das KG verwahrt sich aaO gegen eine Mißdeutung seiner Entscheidung KGJ 15, 8 (vgl. dazu Buchwald BB 1962, 1406 FuBn. 4), die nur für den Sonderfall des § 22 HGB gelte.

3) Vgl. die Nachweise bei FuBn. 6 auf Seite 108

4) Vgl. die Nachweise bei FuBn. 1 und 2 auf Seite 110

aa) Grundlage, Struktur und Zweck der Gütergemeinschaft im Vergleich zu OHG und Erbengemeinschaft

OHG und Gütergemeinschaft sind Vermögensgemeinschaften auf vertraglicher Grundlage ¹⁾; die Vermögensgemeinschaft entsteht als Folge der personenrechtlichen Verbundenheit der Beteiligten ²⁾. Eine entgegengesetzte Beziehung beobachten wir bei der Erbengemeinschaft. Dem Nachlaß, also einer bereits vorhandenen Vermögensmasse, wird eine zuvor nicht bestehende Personenmehrheit zugeordnet. Die ursprüngliche Einheit eines Vermögens wirkt bis zur Auseinandersetzung in der Weise nach, daß die Miterben zu einer Personengemeinschaft verbunden werden ³⁾. Primär ist die Erbengemeinschaft Rechtsgemeinschaft und weist insoweit, anders als OHG und Gütergemeinschaft, Ähnlichkeiten mit einer Bruchteilsgemeinschaft auf ⁴⁾.

In ihrer rechtlichen Struktur sind die drei Gemeinschaften

-
- 1) Wenn Hirsch, Leitfaden für das Studium des Handels- und Gesellschaftsrechts (3. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1962), S. 113 die Gütergemeinschaft als Interessengemeinschaft ohne rechtsgeschäftliche Grundlage kennzeichnet und sie ebenso wie die Erbengemeinschaft zu den Vermögensgemeinschaften kraft Gesetzes zählt, muß ihm widersprochen werden. Das als Gesamtgut bezeichnete Gesamthandsvermögen entsteht nur auf der Grundlage des Güterrechtsvertrages. Dieser ist zwar insoweit Annex der personenrechtlichen Beziehungen, als ihn nur Ehegatten (und Verlobte) schließen können, hat aber selbständige Bedeutung, weil er die sonst kraft Gesetzes mit der Eheschließung eintretenden güterrechtlichen Wirkungen modifiziert. Vgl. Zöllner, FamRZ 1965, 120.
 - 2) Westermann, Sachenrecht § 29 I 2
 - 3) Kölling S. 54. - Typisch ist daher, daß sich nur bei der Erbengemeinschaft Verwaltungsbestimmungen finden (§ 2038 Abs. 2 S. 1 iV mit § 745 Abs. 3), die von der Beschaffenheit des Nachlaßgegenstandes ausgehen ("wesentliche Veränderung").
 - 4) Westermann, Sachenrecht § 29 I 2; Larenz JhJ 83, 108; Martini, 32. Beiheft ZHR (1967) S. 56

einander angenähert; sie alle sind nach dem Gesamthandsprinzip aufgebaut ¹⁾. Die Bildung der Gesamthand läßt kein neues, von der Person der einzelnen Beteiligten unabhängiges Rechtssubjekt entstehen ²⁾, bewirkt aber eine Trennung der Vermögensmassen, die den Mitgliedern als Einzelpersonen bzw. als Angehörigen des gesamthänderischen Zusammenschlusses zugeordnet sind. Der Zweck der Gemeinschaft bestimmt die Intensität der gesamthänderischen Bindung.

Zweck der OHG ist es, durch Teilnahme am Handelsverkehr Gewinne zu erzielen. Die Gütergemeinschaft soll durch Erwerb sowie durch Verwaltung des vorhandenen Vermögens der Familie eine sichere wirtschaftliche Grundlage verschaffen ³⁾. OHG und Gütergemeinschaft sind auf Dauer angelegt, so daß sie mit Recht als "festgefügte Erwerbsgemeinschaften" ⁴⁾ bezeichnet werden. Demgegenüber ist die Tätigkeit der Erbengemeinschaft nicht werbender Natur. Ihr Zweck liegt allein in der Auseinandersetzung und Verteilung der Nachlaßgegenstände. Das hat zur Folge, daß der Erbengemeinschaft in der vom Gesetz vorgegebenen Form die Beständigkeit der beiden

-
- 1) Mot. IV 332, 337 zeigen, daß der Gesetzgeber die eheliche Gesamthand nach dem Vorbild des deutschrechtlichen Mit-eigentums ausgestaltet hat. Dessen Kennzeichen bestand in der Bindung der Vermögensanteile an den Gemeinschaftszweck, wobei eine Geltendmachung als selbständiges Vermögensrecht erst nach Auflösung der Gemeinschaft erfolgen konnte.
 - 2) Westermann, Handbuch Rz. 48; Kölling S. 12, 48 mwN.
 - 3) Kölling S. 77; Fabricius S. 153. - Deswegen auch die starke Bindung des zum Gesamtgut gehörenden Vermögens. Im Interesse der ehelichen Gemeinschaft ist die Verfügung eines Ehegatten über seinen "Anteil" ebenso ausgeschlossen wie der Zugriff von Gläubigern auf diesen: Mot. IV 338.
 - 4) Westermann, Sachenrecht § 29 I 2

anderen Gemeinschaften abgeht ¹⁾.

Diese Unterschiede führen, bezogen auf den jeweiligen Gemeinschaftstyp ²⁾, zu Differenzierungen in der Ausprägung des Gesamthandsgedankens. Die geringste Intensität finden wir bei der Erbengemeinschaft vor. Die gesamthänderische Bindung des Nachlasses dient weniger dem Interesse der Miterben als dem Schutze der Gläubiger ³⁾. Die Fortdauer der gesamthänderischen Bindung erübrigt sich daher, sobald die Eigenhaftung der Miterben einsetzt. Dem entspricht es, daß ein Miterbe jederzeit Auseinandersetzung verlangen ⁴⁾ und - was an sich dem Wesen der Gesamthand fremd ist - über seinen Anteil nach § 2033 verfügen kann. Bei den Personengesellschaften des Handelsrechts ist nach § 105 HGB iV mit § 719 BGB eine freie Verfügung über die Beteiligung ausgeschlossen; doch ist § 719 als reine Schutzvorschrift zugunsten der Gesellschafter dispositiv ⁵⁾. Die bei weitem stärkste gesamthänderische Bindung weist die Gütergemein-

-
- 1) Zwar ist es möglich, die Auseinandersetzung auszuschießen und auf diese Weise der Erbengemeinschaft größere Beständigkeit zu verleihen. Dies bedeutet jedoch wegen der Aufgabe des für die Erbengemeinschaft typischen Liquidationszwecks eine Strukturveränderung der Gemeinschaft. Dagegen ist bei der Gütergemeinschaft der Betrieb eines Handelsgewerbes auf Dauer zwar nicht der typische Zweck der Gemeinschaft, doch kann - ohne Zweckänderung - der Zweck der Gütergemeinschaft, die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie, in dieser Weise verfolgt werden. Vgl. hierzu: KG JW 1935, 3642; Beck DNotZ 1962, 358; Buchwald BB 1962, 1407.
 - 2) Westermann, Sachenrecht § 29 I 2. Gemeinsame sachenrechtliche Sätze über das Gesamthandseigentum lassen sich daher kaum aufstellen.
 - 3) In ihrem Interesse soll einer "Verflüchtigung" des Nachlasses vorgebeugt werden: Prot. V 835 f.; Planck-Ebbecke vor § 2032 Anm. 2.
 - 4) Esser, Schuldrecht (2. Aufl., Karlsruhe 1960) § 179, 3 a; Beck DNotZ 1962, 358
 - 5) RG Z 51, 162; 80, 271; Staudinger-Keßler vor § 705 Anm. 5; Larenz, Schuldrecht Bd. II (8. Aufl., München u. Berlin 1967) S. 284; Wiedemann S. 32; Martini S. 55

schaft mit dem Gesamtgut auf. Ein Wechsel der Beteiligten ist nicht vorgesehen ¹⁾, Beendigung der Gemeinschaft nur bei Tod eines Beteiligten oder erfolgreicher Aufhebungsklage möglich. Einen durch Rechtsgeschäft übertragbaren Anteil der Ehegatten am Gesamtgut kennt das BGB nicht ²⁾. Soweit man von dem Anteil eines Ehegatten am Gesamtgut spricht, wird damit kein unter Lebenden disponibles Bruchteilsrecht beschrieben; der Ausdruck besagt nur, daß jeder Ehegatte gegen den anderen einen Anspruch darauf hat, daß das nach Tilgung der Gesamtgutverbindlichkeiten verbleibende Vermögen unter ihnen je zur Hälfte verteilt wird ³⁾. Der Anteil ist somit Ausdruck einer vermögensrechtlichen Beteiligung an dem Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft, kann jedoch erst nach Auflösung des Gesamtguts realisiert werden ⁴⁾. Eine Verfügung über ihn durch den Ehegatten ist ebenso wie eine Pfändung (selbst als künftiges Recht ⁵⁾) durch Gläubiger ausgeschlossen. Nimmt man hinzu, daß keiner der Ehegatten die Gemeinschaft "kündigen" oder die Teilung des Gesamtguts verlangen kann ⁶⁾, so wird deutlich, daß die Intensität der

-
- 1) Von der fortgesetzten Gütergemeinschaft soll hier abgesehen werden.
 - 2) Auch selbständige konkurrierende Einzelverwaltungsrechte jedes Ehegatten können nicht begründet werden. Sie würden nicht nur bei unterschiedlichen Dispositionen zu praktischen Schwierigkeiten führen, sondern auch dem genossenschaftlichen Grundgedanken der Gütergemeinschaft widersprechen: Dölle § 66 II 1; Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucksache 3409 S. 4 r.Sp.; BayrObLG NJW 1968, 896.
 - 3) Dölle § 69 II
 - 4) Dölle S. 871 FuBn. 29; Jaeger-Lent § 2 Anm. 9
 - 5) Planck-Unzner § 1442 Anm. 4; Dölle S. 901 FuBn. 13; Mot. IV 338. -. Fehlender Pfändbarkeit wird Rechnung getragen, wenn im Falle einer Haftung nicht nur der Anteil, sondern das ganze Gesamtgut den Gläubigern zur Befriedigung freigegeben wird; Zöllner FamRZ 1965, 118.
 - 6) Gernhuber § 38 II 2

gesamthänderischen Bindung einen Grad erreicht hat, der vom Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht erfordert wird ¹⁾.

bb) Die Fähigkeit der Gütergemeinschaft, als Einheit am Handelsverkehr teilzunehmen

Rechte und Pflichten werden durch Teilnahme am Rechtsverkehr erworben. Kann eine Personenmehrheit als solche Rechte erwerben oder Verbindlichkeiten eingehen, so ist dies ein Indiz dafür, daß sie auch für eine Teilnahme am Rechtsverkehr hinreichend vereinheitlicht ist ²⁾.

(1) Die Rechtsfähigkeit der Gütergemeinschaft

Ein Teil der Lehre ³⁾ geht in der Tat von einer wenn auch beschränkten Rechtsfähigkeit der Gütergemeinschaft aus. Ansatzpunkt dieser Auffassung ist § 1445 Abs. 2: Gebe es eigenständige Verpflichtungen des Gesamtguts, die nicht an persönliche Verbindlichkeiten eines Ehegatten angelehnt seien, so müsse der Träger des Gesamtguts ein von den Ehegatten als

1) Dölle § 66 II 4; Beitzke § 12 III 2. - Der Gesetzgeber hatte (Mot. IV 330 f.) sogar daran gedacht, das eheliche Gesamtgut einfach dem Ehemann als Alleineigentümer zuzuweisen und die Ehefrau wie eine stille Gesellschafterin zu behandeln.

2) und damit OHG-Gesellschafter werden kann: Zielinski S. 73; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 105 Anm. 20. Zur Voraussetzung der hinreichenden Vereinheitlichung vgl. : Westermann, Handbuch Rz. 121; Wieland S. 83 O

3) Kipp-Wolff § 64 I; Fabricius S. 157; wohl auch Beitzke § 15 II 4

Einzelpersonen verschiedenes Rechtssubjekt sein ¹⁾. Die Rechtssubjektivität der ehelichen Gesamthandsgemeinschaft werde durch § 1459 Abs. 2 S. 1 bestätigt, der für Gesamtgutsverbindlichkeiten eine zusätzliche ²⁾ persönliche Haftung der Ehegatten normiere. § 1460 komme die Bedeutung einer Regelbestimmung zu, daß das Gesamtgut nur hafte, wenn sein Subjekt - die Gesamthand - verpflichtet sei ³⁾.

Die Lehre von der Rechtsfähigkeit der Gütergemeinschaft wird überwiegend abgelehnt ⁴⁾; gegen sie sprechen gute Gründe: In den §§ 1422 ff., 1450 ff. ist eine Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens (Gesamtgut) durch die Ehegatten vorgesehen, nicht aber ein Handeln der Ehegatten im Namen einer Gesamthandsgemeinschaft. Das Gesetz kennt keinen unmittelbaren Rechtserwerb der Eheleute zur gesamten Hand, sondern nur den Rechtserwerb zugunsten des Gesamtguts über das Vermögen

-
- 1) Nach Fabricius S. 153 wäre diese "Zuordnungssubjektivität" ohne Bejahung der Rechtsfähigkeit der Gesamthand sinnlos. Dölle § 66 III 2 räumt ein, daß jedenfalls die dogmatische Bewältigung dieser Verbindlichkeiten große Schwierigkeiten bereiten muß. - Sehr gründliche Darstellung dieser Zuordnungssubjektivität bei Fabricius, Grundbegriffe des Handels- und Gesellschaftsrechts (Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967) S. 76 f.
 - 2) Gernhuber § 38 VI 6 erklärt diese Haftung aus der gemischt eigennützig-fremdnützigen Verwaltung. Dölle S. 873 Fußn. 44, der die gegenteilige Ansicht vertritt, gibt zu, daß § 1459 Abs. 2 S. 1 nicht erkennen lasse, daß das Gesetz Gesamtgutsverbindlichkeiten als Verbindlichkeiten der einzelnen Ehegatten begreife, für die kraft Gesetzes das Gesamtgut hafte.
 - 3) Fabricius S. 153
 - 4) RG Z 89, 364; 90, 289; Dölle § 66 III 1 c und S. 872 Fußn. 40, auch § 72 I; Gernhuber § 38 II 3; Palandt-Lauterbach §. 1416 Anm. 1; Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre (Marburg 1936), S. 301; Kölling S. 78.
Dölle § 72 III 2: Das Gesamtgut sei keine Rechtspersönlichkeit, sondern ein Sondervermögen; es sei nie Schuldner, sondern nur Haftungsobjekt.

eines der Ehegatten: § 1416 Abs. 1 S. 2 ¹⁾. Es gibt nach den §§ 1437, 1451 persönliche Verbindlichkeiten der Ehegatten, für die das Gesamtgut haftet, aber keine Verbindlichkeiten einer Gesamthand ²⁾. Diese Lage spiegelt sich auch in dem Prozeßrecht wider, in dem Rechtsstreitigkeiten der Ehegatten, "die sich auf das Gesamtgut beziehen", eine Regelung (§§ 1422, 1450) gefunden haben, nicht aber Rechtsstreitigkeiten einer ehelichen Gesamthand.

Im Ergebnis kann diese Streitfrage dahingestellt bleiben. Denn selbst bei einer Ablehnung der Rechtsfähigkeit der Gesamthand wäre noch nicht entschieden, daß die Gütergemeinschaft mangels hinreichender Vereinheitlichung ³⁾ keine OHG-Beteiligung erwerben könnte.

-
- 1) Dennoch wird die Möglichkeit des Direkterwerbs des Gesamtguts heute überwiegend anerkannt: RG Z 125, 347; BGH NJW 1959, 1342; Soergel-Siebert-Vogel § 1416 Anm. 5; Erman-Bartholomeyczik § 1416 Anm. 5; Beitzke § 15 II 1; aa (für Durchgangserwerb): Bayr ObLG MDR 1954, 306; Kipp-Wolff § 60 II; Lehmann-Henrich § 15 III 1. Der Direkterwerb, der auch der natürlichen Lebensauffassung entspricht, ist anzuerkennen. Die gegenteilige dogmatische Vorstellung des Gesetzgebers ist nicht verbindlich. Bedenkt man, daß seit der Einführung des Gleichberechtigungsgesetzes die Verwaltungsbefugnisse innerhalb der Gütergemeinschaft auf der ehevertraglichen Vereinbarung der beiden Ehegatten beruhen, so ist nicht einzusehen, weshalb das Gesamtgut nur mittelbar erwerben sollte, wenn die Ehegatten nach außen "für ihre Gesamthand" auftreten.
 - 2) Vgl. demgegenüber § 128 HGB: "Verbindlichkeiten der Gesellschaft".
 - 3) Vermögensrechtlich ist die Vereinheitlichung der Gütergemeinschaft unbestritten (KG OLGRspr. 12, 312; Bayr ObLG Z 6, 297; Soergel-Siebert-Vogel § 1418 Anm. 5; Erman-Bartholomeyczik § 1418 Anm. 2; Palandt-Lauterbach § 1418 Anm. 3 a), daraus folgt aber nicht notwendig eine entsprechende personenrechtliche Vereinheitlichung bei dem Träger des Gesamtguts.

Der Rechtsfähigkeit kommt bei natürlichen Personen und Personenmehrheiten nicht dieselbe Bedeutung zu. Die Rechtsfähigkeit natürlicher Personen ist Ausdruck eines vorgegebenen Wertsystems oder Folge einer allgemeinen Rechtsüberzeugung. Dagegen stellt die Rechtsfähigkeit von Personenmehrheiten (juristischen Personen) eine rechtstechnische Einrichtung, eine positivrechtliche Konstruktion des Gesetzgebers dar. Es steht dem Gesetzgeber frei, ob und in welchem Umfang er Personenmehrheiten eigene Rechtssubjektivität verleihen will ¹⁾. So ist z.B. der OHG eigene, von der Person ihrer Gesellschafter abgelöste Rechtssubjektivität, wie sie die juristische Person kennzeichnet, nicht verliehen, ihr aber, was das Auftreten im Rechtsverkehr anlangt, eine ähnliche Stellung gegeben ²⁾.

(2) Die Handlungsfähigkeit der Gütergemeinschaft

Eine Gemeinschaft kann nur dann im Rechtsverkehr als Einheit auftreten, wenn sie eine gewisse Verselbständigung von der Person ihrer Mitglieder ³⁾ erfahren hat. So erlaubt § 124 HGB dem Zusammenschluß der Gesellschafter die rechtsgeschäftliche Betätigung unter eigener Firma. Die Gesellschafter werden damit der sonst durch die Struktur der Gesamthand bedingten Notwendigkeit enthoben, als Vertreter für alle Beteiligten aufzutreten, wenn sie ihre Gemeinschaft

- 1) Westermann, Person und Persönlichkeit, S. 12 f.; Großfeld, RabelsZ 1967 S. 5
- 2) Westermann, Handbuch Rz. 117. Andere Beispiele dafür, daß Personengemeinschaften ohne eigene Rechtsfähigkeit ein Handelsgewerbe betreiben, sind die Partenreederei (§ 489 Abs. 1 HGB) und die Miterbengemeinschaft hinsichtlich des ererbten Handelsgeschäfts (§ 27 HGB).
- 3) Schlegelberger-Geßler § 124 Abs. 1; Weipert § 124 Abs. 2; Kölling S. 12; Kurz S. 27

verpflichten wollen ¹⁾). Dem Zusammenschluß der Gesellschafter wird durch die Möglichkeit der Firmenbildung für die in § 124 HGB beschriebenen Handlungen eine Stellung eingeräumt, die der eines Einzelkaufmanns ²⁾ angenähert ist, der Zusammenschluß der Gesellschafter wird für den Handelsverkehr handlungsfähig ³⁾).

Eine dem § 124 HGB entsprechende Vorschrift ist dem Recht der Gütergemeinschaft unbekannt. Anders als bei der OHG besteht jedoch bei der Gütergemeinschaft kein Bedürfnis nach einer Firmenbildung. Die Gütergemeinschaft besteht nur aus den beiden Ehegatten, ein Wechsel in ihrem Mitgliederbestand ist ausgeschlossen. Die Konstanz des Zusammenschlusses ergibt sich aus dem unveränderlichen, überschaubaren personellen Bestand, sie braucht nicht erst durch Bildung einer

1) Ein neues Rechtssubjekt entsteht nicht: BGH Z 10, 100; RG JW 1916, 1410; Staub-Pinner § 105 Anm. 8; Westermann, Handbuch Rz. 48, 339; Müller NJW 1968, 225 Fußn. 6 mwN. Vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG gegen § 128 HGB: "Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben . . . " - "die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten".

2) § 17 Abs. 2 HGB bestimmt, daß der Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann, und nach § 6 Abs. 1 HGB finden die für Kaufleute erlassenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung. Doch hat § 124 HGB für die OHG eine andere Bedeutung als § 17 HGB für den Einzelkaufmann: dieser erhält durch § 17 Abs. 2 HGB lediglich die Befugnis, unter einem anderen als seinem bürgerlichen Namen vor Gericht aufzutreten, wogegen § 124 HGB der Gesellschaft überhaupt erst die Fähigkeit verleiht, zu klagen und verklagt zu werden. Vgl.: Denkschrift (HGB) S. 43 zu § 122 des Entwurfs eines HGB; Kurz S. 26 f.

3) Es kommt zu einer Annäherung der OHG an die juristische Person, ohne daß die OHG ihre charakteristische Eigenschaft als Personengesellschaft verliert: RG Z 56, 432; 61, 75; 102, 302; Westermann, Handbuch Rz. 357

Firma ¹⁾ hergestellt zu werden.

Die Forderung nach Vereinheitlichung einer im Handelsverkehr tätigen Personenmehrheit besagt nichts über die Notwendigkeit einer Firmenbildung ²⁾, sondern soll nur die Aktionsfähigkeit des Zusammenschlusses, gemessen an seinem von den einzelnen Mitgliedern festgesetzten Zweck, gewährleisten. Die Fähigkeit der Gütergemeinschaft, als Einheit im Handelsverkehr tätig zu werden, ist nach ihrer Organisation zu ermitteln. Dabei ist als Kriterium die Lösung von der Person der einzelnen Beteiligten zugrunde zu legen. Die Handlungsfähigkeit der Gütergemeinschaft ist allgemein anerkannt ³⁾, wenn ein Ehegatte zur Alleinverwaltung des Gesamtguts befugt ist. Der Gesamtgutsverwalter handelt dabei, anders als im früheren Güterstand der Verwaltung und Nutznießung ⁴⁾, nicht aus *e i g e n e m* Recht. Er ist auch nicht Vertreter des anderen Ehegatten; als solcher müßte er dem Geschäftsgegner sichtbar machen, für wen er tätig wird, sollen nicht die rechtlichen Folgen seines Handelns ausschließlich in seiner Person eintreten. Seine Stellung wird mit der eines "Repräsentanten der ehelichen Gesamthandsge-

1) Für die Gesellschaft hat der BGH NJW 1951, 308 ausgesprochen, daß sie in jedem Falle einer wenn auch nur losen Gemeinschaftsorganisation bedürfe, die den Gesellschaftswillen verkörpere und jedem Beteiligten gewisse Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten gebe.

2) Genügend nach außen vereinheitlicht ist z.B. auch der nichtrechtsfähige Verein: Schumann, Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine (Köln und Berlin 1956) S. 9; Westermann, Handbuch Rz. 142; ebenso für die BGB-Gesellschaft: Westermann, Handbuch Rz. 119 f. gegen Weipert § 105 Anm. 28.

Nicht einmal für das Bestehen einer OHG ist unbedingt erforderlich, daß eine rechtlich zulässige Firma verwendet wird: Weipert § 105 Anm. 19; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 105 Anm. 8; Staub-Pinner § 105 Anm. 20; Hueck, OHG § 1 I 3 b. BGH LM Nr. 3 zu § 133 HGB hat die Bezeichnung eines Gesellschaftsunternehmens als "Café K." genügen lassen.

3) Westermann, Handbuch Rz. 121

4) RG LZ 1930 Sp. 246

meinschaft" (nicht der eines Rechtsvorgängers des Gesamtguts) treffend beschrieben; sein Handeln ist Handeln der Gemeinschaft ¹⁾.

Eine, am Gesellschaftszweck einer OHG gemessen, ausreichende Handlungsfähigkeit besitzt aber auch eine Gütergemeinschaft, bei der beide Ehegatten gemeinsam das Gesamtgut verwalten. Die Einheit kann in diesem Fall deutlich gemacht werden, indem die Ehegatten "für ihre Gütergemeinschaft" ²⁾ oder unter einer anderen einheitlichen Bezeichnung im Rechtsverkehr auftreten. Eine besondere rechtliche Grundlage, wie sie für die natürliche Person im Namenrecht (§ 12), für die OHG im Firmenrecht (§ 124 HGB) besteht, ist dazu nicht erforderlich ³⁾. Registerrechtliche Bedenken gegen die Eintragung einer Gütergemeinschaft als Gesellschafter einer OHG können nicht geltend gemacht werden. Es liegen ähnliche Bedingungen vor, wenn sich eine OHG mit Gesamtvertretung an einer anderen OHG beteiligt. Bei mangelnder kaufmännischer Erfahrung einzelner Ehegatten kann die Gesamtverwaltung der Beteiligung sogar durch den Gesellschaftszweck erfordert werden. Soweit dadurch eine gewisse Schwerfälligkeit des Organisationsapparats der Gesellschaft eintritt, bietet der Gesellschaftsvertrag hinreichende Ausgleichsmöglichkeiten.

1) Fabricius S. 152; vgl. auch Dölle § 66 III 2 c

2) Aus dem Auftreten als "Eheleute in allgemeiner Gütergemeinschaft" kann man (entgegen Fabricius S. 157) nicht darauf schließen, daß es sich um eine Gütergemeinschaft mit gemeinsamer Verwaltung beider Ehegatten handle. Bei Alleinverwaltung k a n n der verwaltende Ehegatte unter eigenem Namen auftreten, braucht es aber nicht.

3) Westermann, Handbuch Rz. 142; Fabricius S. 157

cc) Die Fähigkeit der Gütergemeinschaft, die Haftung nach § 128 HGB zu übernehmen ¹⁾

Gesellschafter einer OHG kann nur werden, wer sich der gesellschaftsrechtlichen Haftung nach § 128 HGB unterwerfen kann; diese Voraussetzung ist unverzichtbar ²⁾. Das Haftungssystem der Personengesellschaften des Handelsrechts ist doppelt gegliedert. Die Haftung der Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen wird durch die Haftung der einzelnen Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen ergänzt ³⁾.

(1) Die Haftung einer Personenmehrheit nach § 128 HGB

Nach § 128 HGB kann für Gesellschaftsschulden das gesamte Privatvermögen der Gesellschafter in Anspruch genommen werden. Das gesamte den Ehegatten in Gesamthandsgemeinschaft zugeordnete Vermögen ist mit dem Gesamtgut identisch. Es liegt die Folgerung nahe, daß die Ehegatten die Anforderungen des § 128 HGB erfüllen, wenn sie das gesamte ihrem Zusammenschluß zustehende Vermögen der Haftung für Gesellschaftsschulden freigeben. Doch bleibt zu bedenken, daß die Ehegatten neben dem Gesamtgut weiteres, in ihrem Sondergut oder Vorbehaltsgut enthaltenes, möglicherweise umfangreiches Vermögen besitzen; zudem stellt das im Gesamtgut gebundene Vermögen keine konstante Größe dar, sondern kann von den Ehegatten durch güterrechtlichen Vertrag zugunsten des Vorbehaltsgutes verringert werden. Es fehlt also eine sichere Haftungsgrundlage.

1) Auf den Zusammenhang zwischen Haftungsfähigkeit und Rechtsfähigkeit weist Fabricius S. 151 hin.

2) Vgl. statt aller: Paulick S. 36 mwN.

3) RG JW 1916, 1410; Westermann, Handbuch Rz. 339; Baumbach-Duden § 128 Anm. 1 A.

(a) Übersicht über den Streitstand

Ein Teil der Lehre ¹⁾ hält dennoch die Haftung des Vermögens der an einer OHG beteiligten Personenmehrheit für ausreichend im Sinne des § 128 HGB und lehnt eine Erstreckung der Haftung auf das Privatvermögen der an der Personenmehrheit Beteiligten ab. Die strenge Haftung des § 128 HGB findet ihre Rechtfertigung in den weitgehenden Rechten, die dem einzelnen Gesellschafter eingeräumt seien. Aus diesem korrespondierenden Verhältnis folge, daß wohl das Vermögen einer beteiligten Gesamthand, nicht aber das Privatvermögen der einzelnen Mitglieder für die Schulden der OHG hafte; den einzelnen Mitgliedern der beteiligten Personenmehrheit seien schließlich auch nicht die weitgehenden Gesellschafterrechte zugestanden.

Diese Ansicht stößt im übrigen Schrifttum auf Widerspruch ²⁾. Ihr wird entgegengehalten, daß sie bei Beteiligung einer OHG an einer anderen OHG ³⁾ zu Unstimmigkeiten führe. Die Gesellschafter der Mitglieds-OHG müßten für Schulden ihrer Gesellschaft nach § 128 HGB eintreten. Zu diesen Schulden seien auch die Verbindlichkeiten zu rechnen, die sich aus der Beteiligung ihrer OHG an einer anderen ergäben. Die Gesellschafter der Mitglieds-OHG hafteten daher (mittelbar) auch für die Schulden der umschließenden OHG.

1) Für die Beteiligung einer OHG an einer anderen OHG: Kölling S. 31; ebenso: OLG Hamburg SeuffArch 46 Nr. 205 (das deswegen die Beteiligung einer OHG an einer anderen OHG schlechthin ausschließen will); wohl auch Weipert § 105 Anm. 27 (er weist aaO darauf hin, daß die Gesellschafter nach § 128 HGB nur für Schulden ihrer Gesellschaft hafteten).

2) Hueck, GesR S. 54; Westermann, Handbuch Rz. 118; Gernhuber § 38 II 6; Eltzbacher ZHR 45, 53

3) Die Beteiligung einer OHG an einer anderen OHG wird heute überwiegend zugelassen: Weipert § 105 Anm. 29; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 105 Anm. 22; Julius v. Gierke S. 189; Hueck, GesR S. 54; Müller-Erzbach S. 186; Westermann, Handbuch Rz. 118; aa: Staub-Pinner § 105 Anm. 23; Baumbach-Duden § 105 Anm. 1 C

(b) Stellungnahme

Dem Gläuberschutz, den § 128 HGB als zwingendes Merkmal jeder OHG statuiert, wird nur die zweitgenannte Meinung gerecht. Sie allein verhindert Manipulationen an der den Gesellschaftsgläubigern haftenden Vermögensmasse. Die Vertreter der Gegenmeinung müßten in dem Fall, daß sich zwei Offene Handelsgesellschaften zu einer OHG zusammenschließen, zum völligen Zerfall des gesellschaftlichen Haftungssystems kommen. Mit Rücksicht auf § 128 HGB bestehen keine Garantien für die Aufbringung und Erhaltung eines Gesellschaftsvermögens. Die Bildung von Gesamthandsvermögen kann durch den Gesellschaftsvertrag gänzlich ausgeschlossen werden. Ist diese Vereinbarung für alle drei Offene Handelsgesellschaften getroffen, so versagt der Zugriff der Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen der umschließenden OHG ebenso wie die Befriedigung aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nach § 128 HGB, weil haftende Vermögensmassen völlig fehlen. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß ein Gesellschafter auch sein Privatvermögen verschleudern und damit die Haftung nach § 128 HGB entwerten könne. Hier wäre aufgrund wirtschaftlicher Entwicklung im Einzelfall, dort aufgrund vertraglicher Vereinbarung generelle Befriedigung durch die Gläubiger nicht zu erreichen.

Die Beteiligung von Personenmehrheiten an einer OHG ist nur unter Beachtung des gesellschaftsrechtlichen Haftungssystems möglich. Beteiligen sich an der OHG Personenmehrheiten, die zu juristischen Personen verselbständigt sind, so wird eine Aushöhlung der Haftung nach § 128 HGB durch die Vorschriften verhindert, die Aufbringung und Erhaltung eines bestimmten Kapitalstocks gebieten¹⁾. Bei den nicht in dieser Weise

1) Z.B. § 58 GmbH: Herabsetzung des Grundkapitals nur durch qualifizierte Mehrheit, nach Ablauf eines Sperrjahres, unter Wahrung einer gewissen Publizität, mit Recht der Gläubiger auf vorherige Befriedigung.

verselbständigten Personenmehrheiten ist dem Gläubigerschutz im Sinne des § 128 HGB nur Genüge getan, wenn das (nicht bestandssichere) Sondervermögen mit dem Privatvermögen der Beteiligten zu einer Haftungsgemeinschaft verbunden wird ¹⁾. Die Haftung des Gesamtguts allein reicht daher nicht aus.

Diese Feststellung bereitet für die Beteiligung der Gütergemeinschaft an einer OHG dann keine Schwierigkeiten, wenn beide Ehegatten gemeinsam das Gesamtgut verwalten; für die aus der Beteiligung erwachsenden Verbindlichkeiten würden neben dem Gesamtgut kraft ehelichen Güterrechts auch Sondergut und Vorbehaltsgut beider Ehegatten haften und damit das gesamte Vermögen beider Ehegatten den Gesellschaftsgläubigern im Rahmen des § 128 HGB zur Verfügung stehen. Ist dagegen einer der Ehegatten allein zur Verwaltung des Gesamtguts befugt, so erstreckt sich die Haftung für Gesellschaftsschulden über das Gesamtgut hinaus nur auf das restliche Vermögen des verwaltenden Ehegatten ²⁾. Ob dies für § 128 HGB ausreicht, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob alle Mitglieder der an einer OHG beteiligten Personenmehrheit persönlich und unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen für Gesellschaftsschulden eintreten müssen.

(2) Die güterrechtliche Haftungsbeschränkung des nichtverwaltenden Ehegatten im Vergleich mit der Haftungsbeschränkung eines Kommanditisten

(a) Der Grund der Haftungsbeschränkung

Die Beschränkung der Haftung auf das Gesamtgut sowie das restliche Vermögen des verwaltenden Ehegatten beruht auf der

-
- 1) Dann erst ist durch die unbeschränkte Haftung der Beteiligten die wahre Kreditgrundlage geschaffen; vgl. Zielinski S. 84. Dieses Nebeneinander der Haftung ist bei der Gütergemeinschaft nicht lückenlos durchgeführt.
 - 2) Insoweit bestehen Unterschiede zu der Haftungsregelung in einer OHG: Westermann, Handbuch Rz. 121. Dennoch ist auch hier der handelsrechtliche Gläubigerschutz gewahrt: Schneider-Martin § 16 II 4; Beck DNotZ 1962, 355.

Verknüpfung von Verfügungsmacht und Haftungszuständigkeit im ehelichen Güterrecht: Bei Alleinverwaltung kann nur der Verwalter über das Gesamtgut sowie sein Vorbehalts- und sein Sondergut verfügen; nur er kann diese Vermögensmassen der Haftung für Verbindlichkeiten aussetzen. Umgekehrt wird der nichtverwaltende Ehegatte von der Haftung für Gesamtgutsverbindlichkeiten mit seinem Sondergut und Vorbehaltsgut freigestellt, weil er auf die Begründung dieser Verpflichtungen keinen Einfluß hat. Ähnliche Bezüge zwischen Verwaltungsbefugnis und haftungsrechtlicher Stellung finden sich im Recht der Kommanditgesellschaft ¹⁾. Der Kommanditist ist nach § 171 HGB von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen. Dem entspricht die Haftungsmilderung im Vergleich zu einem Komplementär. Der Haftung des Kommanditisten, die sich nach Leistung der Einlage auf die Beteiligung an dem Gesamthandsvermögen beschränkt, entspricht die Haftung des nichtverwaltenden Ehegatten, die sich nur auf die Beteiligung an dem Gesamtgut erstreckt.

Auf die Funktion der Eigenhaftung als Ersatz für die mangels ausreichender Bestands- und Erhaltungsgarantien ungenügende Haftung des gesellschaftlichen Sondervermögens wurde bereits hingewiesen ²⁾. Wir übernehmen diese funktionelle Betrachtungsweise und wenden sie entsprechend auf die Beteiligung des einzelnen Gesellschafters an. Dann wird die Haftung des Kommanditisten mit seinem Privatvermögen entbehrlich, wenn seine Einlage dem Gesellschaftsvermögen zugeflossen und in ihm verblieben ist ³⁾. Eine Rückerstattung durch Ausübung

-
- 1) Der Kommanditist hat nicht nur keine Verwaltungsbefugnisse; er hat auch trotz seiner gesamthänderischen Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen keine Möglichkeit, Vollstreckungsmaßnahmen wegen Gesellschaftsschulden zu widerprechen: Westermann, Handbuch Rz. 916.
 - 2) Vgl. S. 93
 - 3) Entscheidender Gesichtspunkt ist, ob sich durch eine Vermögensverschiebung zugunsten des Kommanditisten das haftende Vermögen der KG mindert: BGH Z 39, 331; Westermann, Handbuch Rz. 926.

des Entnahmerechtes hätte zur Folge, daß die Haftung des Kommanditisten mit seinem Privatvermögen erneut einsetzt, als ob er seine Einlage nicht (vollständig) geleistet hätte ¹⁾. Das gleiche gilt, wenn ein Kommanditist sich Gewinn auszahlen läßt, obwohl seine Einlage durch Verlust gemindert war ²⁾. Eine vergleichbare Entwicklung tritt in der Person des nichtverwaltenden Ehegatten kaum ein. Infolge des Fehlens eines Entnahmerechtes oder einer Gewinnberechtigung kann eine einseitige Minderung des Gesamtgutes durch den nichtverwaltenden Ehegatten nicht erfolgen. Nur der Verwalter könnte das Gesamtgut zugunsten des Privatvermögens des nichtverwaltenden Ehegatten verringern ³⁾. Dieser Minderung des Wertes der haftenden Vermögensmasse könnten die Gläubiger nach den §§ 1 ff. AnfG, §§ 29 ff. KO entgegenreten ⁴⁾. Die Haftung auch des Privatvermögens des nichtverwaltenden Ehegatten wird erst erforderlich, wenn das Gesamtgut aufgelöst wird, bevor alle Gesamtgutsverbindlichkeiten erfüllt sind. Eine Haftung in den Grenzen der §§ 1990, 1991 ergibt sich in diesem Fall aus § 1480.

-
- 1) Für die Zukunft ist natürlich eine Herabsetzung der Haftung einlage möglich: Westermann, Handbuch Rz. 914.
 - 2) Beispiel (Hueck, GesR S. 95)
Vereinbarte Einlage: 100 000 DM, eingezahlt 60 000 DM.
Der Kommanditist haftet den Gläubigern in Höhe von 40 000 DM. Es tritt Verlust ein, von dem der Kommanditist 25 000 DM zu tragen hat. Dann beträgt sein Kapitalanteil nur noch 35 000 DM. Trotzdem haftet er den Gläubigern nach wie vor nur in Höhe von 40 000 DM, da er ja 60 000 DM schon bezahlt hat. Jetzt entfällt auf den Kommanditisten ein Gewinn von 50 000 DM, den er sich ganz auszahlen läßt. Dann haftet er in Höhe von 65 000 DM, denn seine Einlage gilt bis auf den noch vorhandenen Kapitalanteil von 35 000 DM als nicht gezahlt. Vgl. auch Westermann, Handbuch Rz. 899.
 - 3) Dazu wären ehevertragliche Vereinbarung u n d dinglicher Übertragungsakt erforderlich: Soergel-Siebert-Vogel § 1418 Anm. 5; Gernhuber § 38 V 2.
 - 4) Auch ehevertragliche Vereinbarungen unterliegen der Anfechtung nach §§ 1 ff. AnfG, §§ 29 ff. KO: RG Z 57, 81 ff.; OLG Zweibrücken FamRZ 1968, 32 = OLG Z 1965, 304

(b) Die haftenden Vermögensmassen

Stellt man auf die haftenden Vermögensmassen ab, aus denen die Gläubiger Befriedigung suchen können ¹⁾, so tritt die Ähnlichkeit der haftungsrechtlichen Lage von Kommanditist und nichtverwaltendem Ehegatten noch deutlicher hervor:

Unbeschränkt haften jeweils die Sondervermögen der Kommanditgesellschaft und der Gütergemeinschaft. Unbeschränkt haftet außerdem das Privatvermögen derjenigen Mitglieder der Gesamthand, die deren Sondervermögen nach der gesetzlichen Regelung im Rechtsverkehr verpflichten können. Bei den anderen Mitgliedern, denen die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Einwirkung auf das Sondervermögen schon nach der gesetzlichen Regelung ²⁾ nicht gegeben ist, besteht für eine Erweiterung der Haftung über das in ihrer Beteiligung enthaltene Vermögen hinaus kein Bedürfnis.

Ein Bedenken bleibt noch auszuräumen, daß nämlich bei Beteiligung einer Gütergemeinschaft mit Alleinverwaltung eines Ehegatten eine Haftung einträte, wie wenn der verwaltende Ehegatte allein Gesellschafter der OHG wäre. Auch dann würden für die aus der Gesellschaftsbeteiligung erwachsenden Verbindlichkeiten das Gesamtgut sowie Sonder- und Vorbehaltsgut des Verwalters haften. Die Haftung des Gesamtguts bedeutet insoweit aber eine Haftung für fremde Schuld, als das Gesamtgut dem Vermögen des nichtverwaltenden Ehegatten zuzu-

1) Das liegt nahe, wenn man mit v. Tuhr Bd. I S. 111 unter Haftung die Rechtslage des dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzten Vermögens versteht.

2) Mit seinem Privatvermögen haftet allerdings auch ein OHG-Gesellschafter, der kraft Gesellschaftsvertrags von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen ist. Dies ist jedoch eine Folge nicht der Struktur der Gesamthand als solcher, sondern erst der besonderen Ausgestaltung der OHG, die in § 128 HGB die unbeschränkte Haftung jedes Gesellschafters bestimmt. Die gesetzliche Haftungsregelung paßt sich naturgemäß der dort vorgegebenen Typisierung der Gesellschafterstellung an.

rechnen ist. Es liegt in diesem Falle eine aus der Verknüpfung der Haftung mit den Verwaltungsbefugnissen resultierende "Überhaftung kraft Güterrechts" vor ¹⁾. Diese Überhaftung ist im Sinne des § 128 HGB unbedenklich, weil sie Folge der Begrenzung oder Erweiterung der Verfügungsmacht des Ehegatten ist.

Als Ergebnis kann festgestellt werden: Die Zuordnung einer übertragbaren OHG-Beteiligung zu dem Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft stößt auf keine unüberwindlichen Schwierigkeiten; der Träger des Gesamtguts, die eheliche Gesamthandsgemeinschaft, ist in der Lage, im Handelsverkehr als Einheit aufzutreten und sich der gesellschaftsrechtlichen Haftung nach § 128 HGB zu unterwerfen.

II. Formen des Erwerbs einer OHG-Beteiligung durch die Gütergemeinschaft

1. Der unmittelbare Erwerb

Eine Möglichkeit des Erwerbs besteht darin, daß die verwal- tungsbefugten Ehegatten einen Gesellschaftsvertrag "für ihre Gütergemeinschaft" abschließen ²⁾. Dabei ist es unerheblich, ob nach dem Gesellschaftsvertrag die Beteiligung ohne Zu- stimmung der anderen Gesellschafter übertragen werden kann. Auch wenn keine besondere Regelung getroffen wird und § 719 gilt, erwerben die Ehegatten in Gesamthandsgemeinschaft die Beteiligung für ihr Gesamtgut.

§§ 1416, 1417 stehen nicht entgegen; die in diesen Vorschrif- ten vorgenommene Abgrenzung der Gütermassen, nach der unüber- tragbare Vermögensgegenstände dem Sondergut, übertragbare dem Gesamtgut zugeordnet werden, gilt nur für Vermögensverschiebun- gen unter den einzelnen Gütermassen. Der Erwerb des Gesamtguts vollzieht sich in der Regel nicht unmittelbar, sondern über

1) Dölle § 72 III 2; vgl. hierzu auch Kehrer, Württ.NV 1954, 261 f.

2) KG HRR 1935 Nr. 1055; Schlegelberger-Geßler § 105 Anm. 55 d; Gernhuber § 38 II 6

das Vermögen eines Ehegatten. Dieser Vorgang der Weiterleitung ist bei unübertragbaren Gegenständen nicht ohne weiteres möglich. Das hindert aber nicht einen unmittelbaren Erwerb unübertragbarer Gegenstände durch das Gesamtgut, wie Rechtsprechung und Lehre für das Nießbrauchsrecht ¹⁾ sowie das dingliche Wohnrecht ²⁾ bereits anerkannt haben. Es besteht keine Veranlassung, für die Behandlung einer OHG-Beteiligung anders zu entscheiden.

2. Der Erwerb nach § 1417

Ob die Beteiligung eines Ehegatten an einer OHG in das Gesamtgut übergeht, wenn die Gesellschafter die Übertragbarkeit vereinbaren, ist umstritten.

a) Die OHG-Beteiligung als verkehrsfähiges Rechtsgut

aa) Übersicht über den Streitstand

Ursache der Auseinandersetzung ist die unterschiedliche Auffassung von der dogmatischen Bedeutung des Gesellschafterwechsels. Ein Teil der Lehre ³⁾ sieht jeden Wechsel im Gesellschafterbestand einer OHG primär unter personenrechtlichen, erst sekundär unter vermögensrechtlichen Gesichtspunkten. Er begreift ihn als durch den ausscheidenden Gesellschafter mit Vertretungsmacht abgeschlossene ineinander-

1) Dölle § 67 III vor 1; Soergel-Siebert-Vogel (9. Aufl.) § 1417 Anm. 4 unter Aufgabe der zu § 1439 a.F. Anm. 2 (8. Aufl.) vertretenen Ansicht; aa: OLG Colmar OLGrspr. 16, 181

2) BayrObLG JW 1932, 3005; Bayr ObLG Z 1967, 480; Erman-Bartholomeyczik § 1417 Anm. 3

3) Hueck, Anm. zu dem Urteil des BGH vom 28.4.1954 (II ZR 8/53), JZ 1954, 504 f. (aufgegeben: ders., Betr. 1966, 1044); Bötticher ZHR 114, 100 mwN; ähnlich: Baumgärtel JZ 1958, 656; Buchwald-Tiefenbacher S. 19 Fußn. 2; Buchwald BB 1955, 52; v. Godin, Einzelfragen aus dem Recht der Offenen Handelsgesellschaft, JR 1948, 61 ff. (65); Zitelmann, Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, JhJ 73, 185 ff.

greifende Verträge, durch welche, konstruktiv unterscheidbar, das Ausscheiden des alten und die Aufnahme des neuen Gesellschafters bewirkt werden. Die Beteiligung des ausscheidenden Gesellschafters erlischt, ihr in Umfang und Ausgestaltung gleich wird die Beteiligung des hinzutretenden Gesellschafters neu begründet. Von diesem an § 738 orientierten Verständnis aus ist eine Übertragung der Beteiligung ausgeschlossen.

Rechtsprechung und herrschende Lehre im Schrifttum ¹⁾ gehen heute von einer echten Rechtsnachfolge aus. Die Möglichkeit der Übertragung von Gesamthandsbeteiligungen wird auf § 2033 gestützt. Die Zustimmung nach § 719 brauche man nicht als Einräumung der Vertretungsmacht zum Abschluß eines Aufnahmevertrages zu konstruieren, sondern könne sie als Gestattung des mit dem Eintritt des Dritten in die Gesellschaft notwendig verbundenen Eingriffs in die Rechtssphäre der anderen Gesellschafter begreifen.

bb) Stellungnahme

Bei Auflösung und Neubegründung der Mitgliedschaft kann der Gesellschafter seine Beteiligung nicht der Substanz, sondern nur dem Wert nach übertragen. Für eine juristische Sekunde wird Gegenstand des Rechtsgeschäfts der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, der sich in der Person des eintretenden Gesellschafters in eine Beteiligung an der Ge-

1) BGH BB 1954, 486 f.; BGH Z 44, 231 = BB 1966, 637; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 130 Anm. 5; Hueck, OHG § 27 II 3; ders., Betr. 1966, 1044; Krückmann, Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen bei Personengesellschaften und ihre registerrechtliche Behandlung, RdW 1944, 151 ff. (154); Wiedemann S. 59 f. Auch Westermann, Handbuch Rz. 391 bejaht eine echte Rechtsnachfolge, begreift den Übertragungsvorgang aber dogmatisch als Kombination von Veräußerungsgeschäft, Vertragsübernahme, Austrittsvereinbarung und Aufnahmevertrag.

samthand und ihrem Vermögen zurückverwandelt ¹⁾. Diese Erklärung der Nachfolge bedeutet juristisch einen unnötigen Umweg; sie ist darüber hinaus wirtschaftlich gefährlich, wenn der künftige Anspruch auf das Auseinandersetzungsgut bereits gepfändet ist. § 139 HGB zeigt, daß für die Gesamtnachfolge von Todes wegen an einen Aufnahmevertrag nicht gedacht ist. Es bestehen keine Gründe, für die nach ihrer Struktur gleichartige Einzelnachfolge unter Lebenden anders zu entscheiden ²⁾. Der Sinn der Übertragbarkeitsklausel eines Gesellschaftsvertrages geht nach dem Willen der Parteien dahin, die Beteiligung ihrer Substanz nach als verkehrsfähiges Recht auszugestalten. Der in dem An- und Abwachsungsprinzip zum Ausdruck kommende Vorrang der personenrechtlichen Eingliederung in die Gesamthand wird damit aufgehoben. Für eine anderweitige Erklärung der Nachfolge in eine OHG-Beteiligung besteht um so weniger Anlaß, als der Eintritt in ein Rechtsverhältnis dem deutschen Recht auch sonst nicht fremd ist ³⁾. Die OHG-Beteiligung ist jedenfalls dann, wenn § 719 durch Vereinbarung der Gesellschafter abbedungen ist, als verkehrsfähiges Rechtsgut ⁴⁾ anzuerkennen.

b) Die Rechtsnachfolge einer Gütergemeinschaft nach § 1417

Die Bildung der Gütergemeinschaft führt dazu, daß die übertragbaren Vermögensgegenstände beider Ehegatten aus ihrem Privatvermögen ausscheiden und dem gemeinschaftlichen Vermögen, dem Gesamtgut, zugeordnet werden. Dabei wurde die "Übertragbarkeit" im Sinne des § 1417 zunächst als rein formelles Kriterium verstanden und bereits dann angenommen,

1) Wiedemann S. 60

2) Wiedemann aaO.

3) Vgl. §§ 571, 1251 Abs. 2 BGB; § 69 VVG; § 19 MSchG.

4) Scharf ablehnend Buchwald-Tiefenbacher § 30 I 8, nach dem es überhaupt keine Übertragung von "Anteilen an der Gesellschaft" gibt, sondern nur Eintritt oder Austritt von Gesellschaftern.

wenn die Zuordnung eines Gegenstandes durch rechtsgeschäftlichen Einzelakt verändert werden konnte ¹⁾. Inzwischen hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß der Grund der Unübertragbarkeit eines Gegenstandes für seine Zuordnung zu Gesamtgut oder Sondergut berücksichtigt werden muß ²⁾. Die Zuweisung eines Gegenstandes zu dem nach den Gesetzesmaterialien als Notgütermasse ausgebildeten Sondergut ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Art der Bindung an eine Person oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten Vermögensmasse seine Unübertragbarkeit zwingend erfordert ³⁾. Rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit läßt nicht unbedingt den Schluß auf eine unlösbare Bindung des Gegenstandes an die Person des Berechtigten zu; schon die Pfändbarkeit bedeutet einen Einbruch in die Unübertragbarkeit ⁴⁾, gleiches gilt von der Vererblichkeit.

Diese Lehre ist in letzter Zeit von Lutter ⁵⁾ aufgenommen und weitergeführt worden. Das Verständnis des Sonderguts als Notgütermasse zur Vermeidung von Widersprüchen im Gesetz ist bei ihm der Ausgangspunkt, von dem aus er eine Rechtsnachfolge der Gütergemeinschaft nach § 1417 auch bei nicht übertragbaren Gegenständen in den zuvor aufgezeigten

1) Vgl. Lutter AcP 161, 169 Fußn. 28 mwN.

2) RG Z 125, 347 = JFG 7, 15; Bayr ObLG JFG 1, 344 ff.; kritisch: Kipp-Wolff § 60 IV N. 10 a wegen §§ 1497 Abs. 2, 1419 BGB.

Zustimmend: Bötticher ZHR 114, 92; Lutter AcP 161, 176; Erman-Bartholomeyczik § 1417 Anm. 3.

3) RGRK-Scheffler § 1417 Anm. 4; Soergel-Siebert-Vogel § 1417 Anm. 2; Mugdan IV, 1156. Mot. IV 345 nennen als Beispiele für unübertragbare Gegenstände nur die Lehen, Stammgüter, Fideikomnisse, gewisse Bauerngüter und sonstige höchstpersönlichen Rechte, bei denen sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen ergibt, daß sie der Substanz nach nicht Bestandteil des Gesamtguts werden können.

4) RG JFG 7, 16

5) Lutter AcP 161, 167 f. mH auf Mot. IV 344 ff.; ähnlich Bayr ObLG NJW 1953, 225; Wiedemann S. 205

Grenzen anerkennt. Konstruktiv begreift Lutter den Erwerb von Rechten der ehelichen Gesamthand bei Bildung der Gütergemeinschaft als Gesamtnachfolge und folgert daraus, daß alle Gegenstände nach § 1417 dem Gesamtgut zugeordnet werden können, die auch sonst einer Gesamtnachfolge (insbesondere Erbfolge) zugänglich seien. Andererseits müßten auch übertragbare Gegenstände von der Einordnung in das Gesamtgut ausgeschlossen bleiben, wenn die Struktur des Trägers des Gesamtgutes eine unveränderte Übernahme hindere. Mit dieser Begründung lehnt Lutter die Rechtsnachfolge der Gütergemeinschaft nach § 1417 in die OHG-Beteiligung eines Ehegatten ab, da die Zuweisung zu dem Gesamtgut notwendigerweise zu einer Aufspaltung der Beteiligung führe.

Die Parallele, die Lutter zwischen der Übertragbarkeit eines Gegenstandes und seiner Vererblichkeit zieht, wirkt zunächst ansprechend. Doch enthalten die Gesetzesmaterialien keinen Hinweis darauf, daß die Gütermassen unter dem Gesichtspunkt der Gesamtnachfolge geordnet sind. Das durch § 1417 festgelegte Kriterium der Übertragbarkeit wandelt Lutter in ein solches der Vererblichkeit um. Übertragbarkeit und Vererblichkeit dürfen aber nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden ¹⁾. Das ergibt sich bereits daraus, daß der Gesetzgeber in den §§ 38, 514, 847, 1300, 1502 die Unvererblichkeit ausdrücklich neben der Unübertragbarkeit angeordnet hat. Außerdem hat die Unvererblichkeit einen anderen Sinn als die Unübertragbarkeit; diese ist eine Eigenschaft, welche den Bestand des Rechtes nicht berührt, jene ein ungenauer Ausdruck dafür, daß mit dem Tode des Rechtsinhabers das Recht erlischt.

Auf die Möglichkeit einer Gesamtnachfolge abzustellen, erscheint zudem im Rahmen unserer Untersuchung nur für die Fallgruppe sinnvoll, in der die Gesellschaftsbeteiligung

1) Karl Heinsheimer S. 40 Fußn. 44

schon vor Bildung der Gütergemeinschaft übertragbar ausgestaltet war. Ist nämlich die Übertragbarkeit erst nach Bildung der Gütergemeinschaft durch Klausel des Gesellschaftsvertrags zugelassen worden, so käme nur eine Einzelnachfolge in Betracht. Diese Unterscheidung bleibt nur deshalb im Ergebnis ohne Folgen, weil nach der Struktur der OHG-Beteiligung keine Unterschiede zwischen Einzelnachfolge und Gesamtnachfolge ¹⁾ bestehen.

Letztlich beruht Lutters Meinung auf der Hypothese, daß die Übertragung der OHG-Beteiligung auf das Gesamtgut ihre Teilung zur Folge hätte ²⁾. Zu dieser Schlußfolgerung gelangt Lutter von seinem Verständnis der ehelichen Gesamthand aus. Selbst wenn man ihm im Ausgangspunkt folgt und die eheliche Gesamthand als rechtlich nicht vereinheitlichte Zweiheit begreift, zwingt nichts zu der Annahme, daß eine Teilung der Beteiligung unumgänglich wäre. Die Bildung der Gesamthand und die damit verbundene Aufnahme einer Beteiligung in das Gesamtgut führen gerade nicht zu einer Aufspaltung in der rechtlichen Zuweisung. Die Zuordnung zum Gesamtgut läßt selbständige Anteile der Ehegatten weder an dem gesamten gemeinschaftlichen Vermögen noch an einzelnen zu diesem gehörenden Vermögensgegenständen entstehen. Der Zeitpunkt, zu dem sich realisierbare Anteile bilden und von dem an mit Recht von einer Teilung der Beteiligung gesprochen werden könnte, fällt mit der Beendigung der Gütergemeinschaft und damit dem rechtlichen Fortfall des Gesellschafters zusammen. Solange die eheliche Gesamthand Träger der Gesellschaftsbeteiligung ist, kommt es also nicht zu der von Lutter angenommenen Teilung ³⁾. Die eheliche Gesamthand kann daher, was die rechtstechnische Seite der Zuordnung betrifft, auch nach § 1417 eine OHG-Beteiligung erwerben.

1) Wiedemann S. 60

2) Lutter AcP 161, 172

3) Vgl. S. 116

c) Haftungsrechtliche Probleme einer Übertragungsklausel

aa) Folgen einer Übertragungsklausel für Gesamtgut und Verwalter

Einer Klärung bedarf noch die Frage, in welchem Maße der zur Verwaltung des Gesamtguts berechnigte Ehegatte Einfluß auf den Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung nehmen kann, da ein solcher Erwerb stets mit der Übernahme von Verbindlichkeiten verbunden ist. Zu denken ist an den erwähnten Fall, daß der nichtverwaltende Ehegatte OHG-Gesellschafter ist und mit den übrigen Gesellschaftern freie Übertragbarkeit seiner Beteiligung vereinbart.

Führt die Übertragungsklausel automatisch zum Erwerb der Beteiligung durch die eheliche Gesamthand, so haften für die aus der Gesellschaftsbeteiligung erwachsenden Verbindlichkeiten Gesamtgut und das Privatvermögen des Verwalters. Diese Folge widerspricht der in § 1438 aufgestellten Regel, nach der Gesamtgutverbindlichkeiten nur mit Zustimmung des Verwalters begründet werden können. Solange die OHG-Beteiligung nicht übertragbar war und zu dem Sondergut des nichtverwaltenden Ehegatten gehörte, hatte der Verwalter durch seinen Einspruch gegen den Geschäftsbetrieb eine Haftung des Gesamtguts sowie seines Privatvermögens vermeiden können. Es ist nicht einzusehen, weshalb die eheliche Gesamthand durch eine Vereinbarung Dritter (der Gesellschafter) über die Übertragbarkeit ohne Mitwirkung des Verwalters mit der Haftung eines persönlich haftenden Gesellschafters belastet werden sollte. § 1416 Abs. 1 S. 2 liefert hierfür keine hinreichende Erklärung, denn die in dieser Vorschrift normierte Erwerbsermächtigung beider Ehegatten bezieht sich nur auf den Erwerb von Rechten und ist in erster Linie auf Neuerwerb zugeschnitten, nicht aber auf die Umwandlung bereits bestehender Rechte. Das spricht dafür, den Erwerb einer OHG-Beteiligung durch die eheliche Gesamthand nur bei Mitwirkung des verwaltungsberechnigten Ehegatten zuzulassen. An-

dererseits bleibt zu bedenken, daß die Übertragungsklausel, die den Übergang der Beteiligung auf das Gesamtgut herbeiführt, als gesellschaftsrechtliche Entscheidung der Autonomie der Gesellschafter unterliegt. Güterrechtlich bedeutet sie inhaltliche Veränderung einer zum Sondergut gehörenden Rechtsposition, die dem nichtverwaltenden Ehegatten allein zusteht.

bb) Der Erwerb einer OHG-Beteiligung und der Erwerb eines belasteten Grundstücks im Vergleich

Die im Zusammenhang mit Übertragungsklauseln aufgeworfenen Schwierigkeiten beruhen darauf, daß in der OHG-Beteiligung Rechte und Pflichten miteinander verbunden sind und das Güterrecht dem nichtverwaltenden Ehegatten nur den Erwerb von Rechten, nicht aber die Eingehung von Verbindlichkeiten mit Wirkung für das Gesamtgut gestattet. Ähnliche Verknüpfungen liegen vor, wenn der nichtverwaltende Ehegatte ein belastetes Grundstück erwirbt. Besteht die Belastung aus einem Grundpfandrecht (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld), so wendet die hL ¹⁾ auf den Erwerb des belasteten Grundstücks die Vorschriften über den Erwerb von Rechten an. Sieht man trotz der Belastung das Geschäft als Erwerbsgeschäft an, so bereitet die Zuordnung zum Gesamtgut ohne Mitwirkung des Verwalters in der Tat keine Schwierigkeiten: eine schuldrechtliche Verpflichtung wird weder zu Lasten

1) RG Z 69, 179; KG OLGRspr. 2, 359, KGJ 26 A 285 und 30 A 207 f.; RGRK-Scheffler § 1437 Anm. 29; Soergel-Siebert-Vogel § 1424 Anm. 5; Erman-Bartholomeyczik § 1424 Anm. 3; Dölle S. 880 Fußn. 50, S. 912 Fußn. 45 mwN; Meikel, Erwerb von Grundstücken als Gesamtgut, Recht 1916 Sp. 124 ff. (129); aA: Bayr ObLG OLGRspr. 2, 361; OLG Karlsruhe OLGRspr. 6, 161; 38, 248 (für die Rentenschuld).

des Gesamtguts noch zu Lasten des Verwalters begründet ¹⁾; die Haftung des Gesamtguts ist auf das erworbene Grundstück beschränkt. Die Zustimmung des Verwalters zu dem Erwerb wäre auch mit der Begründung entbehrlich, daß die vor oder bei dem Erwerb des Grundstücks erfolgende Belastung mit einem Grundpfandrecht das v o r h a n d e n e Gesamtgutvermögen nicht betreffe und deshalb nicht der Verwaltungsregelung des Güterrechts unterliege.

Anders als bei einem belasteten Grundstück können bei der OHG-Beteiligung begünstigende und belastende Elemente nicht voneinander getrennt werden; die Haftung für Gesellschaftsschulden ist zwingend und kann nicht, wie das Grundpfandrecht, nach Erfüllung seines Sicherungszwecks entfallen. Das Modell des beschränkten Erwerbs ist daher auf die Zuordnung der OHG-Beteiligung zum Gesamtgut nicht übertragbar. Der Behandlung des Erwerbs eines belasteten Grundstücks kann jedoch der allgemeine Satz entnommen werden, daß die güterrechtliche Mitwirkung des Verwalters bei Erwerbsgeschäften dann verzichtbar ist, wenn für gleichzeitig übernommene Verbindlichkeiten lediglich eine auf den erworbenen Gegenstand beschränkte, dingliche Haftung eintritt.

cc) Analoge Anwendung des § 333 zugunsten des Gesamtgutsverwalters

Ist - wie unter bb) dargelegt - der Übergang der OHG-Beteiligung nicht als lediglich beschränkter Erwerb zu begreifen, so ist zum Erwerb der Beteiligung wegen der damit verbundenen Übertragung der gesellschaftsrechtlichen Pflichtenstellung die Mitwirkung des Verwalters erforderlich. Der Er-

1) Dies ist der entscheidende Gesichtspunkt, nicht - wie RGRK-Scheffler § 1424 Anm. 29 meint - der Wertzuwachs. Man kann auf die Grundsätze aus dem Minderjährigenrecht zurückgreifen, ob ein Erwerb lediglich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB ist. Das ist für den Erwerb des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks zu bejahen: OLG München JFG 18, 115.

werbsvorgang vollzieht sich in zwei Stufen; gesellschaftsvertragliche Übertragungsklausel und Güterrecht greifen ineinander. Eine Mitwirkung des Gesamtgutsverwalters bei der Vereinbarung der Übertragungsklausel scheidet aus: denn letztere bedeutet gesellschaftsrechtlich eine Regelung des Innenverhältnisses der OHG, güterrechtlich eine Verfügung über einen Gegenstand des Sonderguts.

Ist damit eine Lösung in der Richtung, die Mitwirkung des Verwalters bei der Schaffung der Erwerbs v o r a u s s e t z u n g e n einzuführen, nicht möglich, so bleibt allein der Ausweg, den Übergang der Beteiligung auf seiten des Erwerbenden einzuschränken.

Eine in ihrer Einfachheit zunächst bestechende Lösung wäre es, die Gesellschaftsbeteiligung, deren Übergang in das Gesamtgut der verwaltungsberechtigte Ehegatte ablehnt, weiterhin in dem Sondergut des nichtverwaltenden Ehegatten zu belassen. Konstruktiv müßte man dann den an dem Willen des Gesamtgutsverwalters gescheiterten Rechtsübergang der rechtsgeschäftlichen Unübertragbarkeit nach § 1417 Abs. 2 gleichstellen.

Es begegnet keinen durchgreifenden Bedenken, eine vertraglich übertragbar ausgestaltete Gesellschaftsbeteiligung auch entgegen dem Wortlaut des § 1417 Abs. 2 dem Sondergut zuzuordnen, wenn das güterrechtliche System der Vermögensmassen im übrigen unberührt bliebe. In dem Güterstand der Gütergemeinschaft besteht eine Tendenz zu dem Gesamtgut: sein Umfang ist negativ bestimmt; Zugehörigkeit zu dem Gesamtgut ist die Regel, Zugehörigkeit zu dem Sondergut oder zu dem Vorbehaltsgut ist die Ausnahme. Diese Überlegung spricht dagegen, über den Wortlaut des § 1417 Abs. 2 hinaus Vermögensgegenstände dem Sondergut zuzuordnen, es sei denn, daß der Zweck der Norm aufgrund gleichartiger Interessenlage eine Analogie gestattet.

Das System der §§ 1416 ff. ist auf eine saubere Abgrenzung

der Vermögensmassen hin angelegt. Der Gesetzgeber wollte, als er die rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit als Kriterium für die Unterscheidung von Gesamtgut und Sondergut wählte, solche Gegenstände in dem Sondergut zusammenfassen, die infolge ihrer unlösbaren Beziehung zu einem Ehegatten der freien Übertragung durch Rechtsgeschäft und damit auch einer Überführung in das Gesamtgut entzogen sind ¹⁾. Diesem Gedanken folgend, hat die Rechtsprechung die Zugehörigkeit von rechtsgeschäftlich unübertragbaren Gegenständen zu dem Gesamtgut dann bejaht, wenn sie pfändbar oder vererblich geworden waren und damit den betonten Bezug auf die Person ihres ursprünglichen Inhabers verloren hatten ²⁾. Nicht anders ist die übertragbare Gesellschaftsbeteiligung einzugliedern. Sie wird durch die Übertragungsklausel des Gesellschaftsvertrages ein verkehrsfähiges Rechtsgut ³⁾ und verliert die spezifische Ausrichtung auf die Person des nichtverwaltenden Ehegatten, die allein ihre Zuordnung zu dem Sondergut rechtfertigt ⁴⁾.

Auch aus einem weiteren Grund kann der verwaltungsberechtigte Ehegatte durch die Ablehnung der Beteiligung nicht ihre Zuordnung zu dem Gesamtgut verhindern: für den Erwerb des Gesamtguts würde sonst an den (rechtsgeschäftlichen)

1) RG Z 125, 350; Gernhuber § 38 IV 2

2) RG Z 125, 347 (354, 355) - die Entscheidung betrifft die Zuordnung des Anteils an einer fortgesetzten beendeten, aber noch nicht auseinandergesetzten Gütergemeinschaft.

3) vgl. S. 132 ff.

4) Ein Verbleiben in dieser Gütermasse wird auch nicht durch konstruktive Schwierigkeiten bei der Einfügung in das Gesamtgut erforderlich: die Überlagerung von Gesamthandsverhältnissen ist nicht ungewöhnlich. Über die Wahrnehmung der Rechte in der Gesellschaft entscheidet die Verwaltungsregelung der Gütergemeinschaft. Für die Gesellschaftsschulden haften neben dem Gesellschaftsvermögen das Gesamtgut sowie das Sondergut und das Vorbehaltsgut des verwaltenden Ehegatten.
Vgl. Gernhuber § 38 II 6

Willen des verwaltungsberechtigten Ehegatten angeknüpft. Dieser Ansatzpunkt ist mit der güterrechtlichen Regelung nicht vereinbar, nach der das Gesamtgut automatisch und selbst gegen den Willen seines Verwalters erwirbt, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen (rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit) vorliegen.

In Betracht käme noch ein Ausschlagungsrecht des verwal-
den Ehegatten nach § 333 BGB analog, wonach bei einem Ver-
trag zugunsten Dritter der begünstigte Dritte die Möglich-
keit hat, die ihm zugewandte Rechtsposition zurückzuweisen;
denn die Überlegungen, welche zur Ablehnung des Vertrages
zu Lasten Dritter geführt haben, treffen auf die Zuwendung
einer OHG-Beteiligung nicht zu ¹⁾.

Das Ausschlagungsrecht wurzelt jedoch im Institut des Ver-
trags zugunsten Dritter und setzt damit eine Drittbeziehung
des Begünstigten zu den vertragsschließenden Parteien voraus.
Ein Ausspruch, daß der Dritte das Recht auf die geschuldete
Leistung haben soll, fehlt der Übertragungsklausel des Ge-
sellschaftsvertrags ²⁾. Auch von der Rechtsfolge her muß die
Anwendung des § 333 abgelehnt werden. Selbst wenn man den
Erwerb einer OHG-Beteiligung als Erwerb eines Rechtes be-
handeln wollte, verstieße die Zubilligung des Ausschlagungs-
rechtes gegen die in § 1416 ausgesprochene Erwerbsermächti-
gung beider Ehegatten. Im übrigen erschiene das Problem,
welcher Gütermasse eine ausgeschlagene OHG-Beteiligung ange-
hören sollte, kaum lösbar.

dd) Die analoge Anwendung des § 139 HGB

Eine Lösung der Interessenkollisionen zwischen beiden Ehe-
gatten sowie den Mitgesellschaftern des nichtverwaltenden
Ehegatten könnte in der Weise erfolgen, daß man dem verwal-

1) Brox, Erbrecht (Köln, Berlin, Bonn, München 1966) Rn. 392

2) Gernhuber, Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft
Leistungsnahe, in: Festschrift für Arthur Nikisch (Tübin-
gen 1958) S. 249 ff. (262.)

tungsberechtigten Ehegatten im Falle des Übergangs einer OHG-Beteiligung nach § 1417 die Rechte aus § 139 HGB gewährt. § 139 HGB trägt der besonderen Lage des Erben Rechnung, in die dieser durch die Nachfolge in eine Gesellschaft gestellt wird. Dem Erben soll die harte Wahl erspart werden, die mit persönlicher Haftung, Geschäftsführungspflicht, Wettbewerbsverbot u.a. verbundene Stellung zu übernehmen oder die ganze Erbschaft auszuschlagen. Deshalb billigt der Gesetzgeber dem Erben zu, statt der Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters die Stellung eines Kommanditisten zu wählen und erlaubt andererseits den Gesellschaftern, wenn sie mit dieser Lösung nicht einverstanden sind, den Nachfolger zu kündigen und abzufinden ¹⁾.

Folge der Übertragungsklausel in Verbindung mit dem Ehevertrag ist, daß der nichtverwaltende Ehegatte nicht mehr Inhaber der OHG-Beteiligung bleiben kann; denn übertragbare Gegenstände sind nach den Bestimmungen des ehelichen Güterrechts dem Gesamtgut zugewiesen. Der Träger des Gesamtguts, die eheliche Gesamthand, ist an dem Erwerbsvorgang als solchem nicht beteiligt, der Erwerb tritt kraft Gesetzes ohne Mitwirkung des für die Gesamthand handelnden Verwalters ein. Der ohne Mitwirkung des Erwerbers erfolgende Übergang der Beteiligung bei Ausfall des bisherigen Inhabers entspricht dem Anfall der Beteiligung durch Erbfolge. Die persönliche Haftung nach § 128 HGB kann der Verwalter nicht einmal durch eine Ausschlagung nach § 333 oder § 1922 vermeiden. Dieses Ergebnis ist tragbar, wenn das Gesamtgut sowie das Privatvermögen des Verwalters schon vor dem Erwerb der Beteiligung nach den §§ 1431, 1440 der Haftung für Gesellschaftsschulden unterlagen. Hatte der Verwalter die Haftung des Gesamtguts sowie seines eigenen Sonder- und Vorbehaltsguts durch Einspruch gegen den Geschäftsbetrieb verhindert, so entspricht es Normzweck und Interessenlage, ihm das

1) Denkschrift (HGB) S. 48; Schlegelberger-Geßler § 139 Anm. 1 mwN; Westermann, Handbuch Rz. 477, 478

Wahlrecht analog § 139 HGB einzuräumen ¹⁾. Die Interessen der Gesellschafter sind dabei ausreichend berücksichtigt. Sie haben, indem sie die Übertragbarkeit der Beteiligung zuließen, selbst die Folge des § 139 HGB in Kauf genommen.

III. Die Verwaltung der Beteiligung nach Gesellschaftsrecht und Güterrecht

Bei Geltung des gesetzlichen Güterstandes ergaben sich rechtliche Schwierigkeiten, wenn die OHG-Beteiligung eines Ehegatten sein nahezu gesamtes Vermögen darstellte; die im Interesse der Familie einsetzende Vinkulierung der Gesamtvermögensgeschäfte führte zu Gegensätzen mit den Bindungen des Gesellschaftsrechts, welche die Beteiligung und mit ihr ebenfalls das gesamte Vermögen eines Ehegatten erfaßten. Solche Interessenkollisionen, wie sie auch im früheren Güterstand der Verwaltung und Nutznießung auftraten, sind Folge des Umstands, daß ein Gesellschafter durch seine Einordnung in einen weiteren Personenverband zusätzlichen Bindungen unterliegt, deren Auswirkungen mittelbar - über seine Person - auch das Gesellschaftsverhältnis berühren. In dem Güterstand der Verwaltung und Nutznießung rückte in den Mittelpunkt der Auseinandersetzung die Frage, in welchem Umfang die zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehörende OHG-Beteiligung dem Verwaltungsrecht des Mannes unterlag ²⁾; in dem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ergaben sich die bei der Erörterung des § 1365 aufgeworfenen vielschichtigen Probleme.

-
- 1) Wenn die Haftung auf dem freien Willen des Eintretenden (hier: der Gütergemeinschaft) beruht, ist für die Anwendung des § 139 HGB kein Raum: Schlegelberger-Geßler. § 139 Anm. 7; Westermann, Handbuch Rz. 480
 - 2) Vgl. die Übersicht bei Gogos, Die Geschäftsführung der Offenen Handelsgesellschaft (Tübingen 1953), S. 74 f.

Auch in dem Güterstand der Gütergemeinschaft sind Verwaltungsbeschränkungen angeordnet, von denen die des § 1423 demselben Zweck wie die in § 1365 normierte Bindung des Ehegatten dient ¹⁾ und ihr in Art und Umfang nachgebildet ist. Zu Überschneidungen zwischen Güterrecht und Gesellschaftsrecht bei der Verwaltung der Beteiligung kommt es jedoch nicht. Anders als bei der Zugewinnngemeinschaft steht der Gesellschafter nicht zwischen zwei Rechtskreisen und ihren Beschränkungen. Die Gütergemeinschaft wird selbst Gesellschafter. Die Verwaltungsbeschränkungen sind daher keine echten Beschränkungen des Gesellschafters, sondern nur Bindungen des für den Gesellschafter handelnden verwaltungsbefugten Ehegatten.

Die Verwaltungsregelung der Gütergemeinschaft bereitet für das Innenverhältnis der OHG keine Schwierigkeiten. In der Ausgestaltung des Innenverhältnisses sind die Gesellschafter frei. Wer die Gesellschafterrechte der Gütergemeinschaft ausübt, richtet sich nach ihrer Verwaltungsorganisation ²⁾. Die für die Gütergemeinschaft zwingenden Vorschriften der §§ 1451, 1457, 1463 - 1468 können auch für die an einer OHG beteiligte Personengesellschaft des HGB vereinbart werden. Die §§ 120 - 122 HGB werden für die Gütergemeinschaft in der Weise abgeändert, daß Gewinn und Verlust unter den Eheleuten gesamthänderisch verteilt werden. Teilung des Gesamtguts kann Gesellschaftsvermögen nur nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages aus der gesellschaftlichen Zweckbindung lösen und zur Auseinandersetzung freigeben. Gesellschaftsrechtliche und güterrechtliche Regelung der Verwaltung führen zu keinen Widersprüchen, vielmehr ergänzen sie sich.

1) Gernhuber § 38 VII 8

2) Eine Lähmung der Verwaltung durch Ausübung eines Widerspruchsrechts (wie es dem OHG-Gesellschafter zusteht) ist ebenso wie ihre Entziehung in einer §§ 117 u. 127 HGB entsprechenden Form ausgeschlossen: Beck DNotZ 1962, 356; Buchwald BB 1962, 1407; vgl. auch Kehrerr Württ. NV 1954, 261

§ 8: Zusammenfassung

Im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ist jeder Ehegatte bei der Vornahme von Rechtsgeschäften, die sein gesamtes Vermögen erfassen, an die Zustimmung seines Ehepartners nach § 1365 gebunden. Die Auswirkungen dieser Vorschrift im Gesellschaftsrecht halten sich in Grenzen:

Die unternehmerische Tätigkeit für eine wirksam begründete OHG wird nicht beeinträchtigt, Rechtsgeschäfte, die der Unternehmer aufgrund seiner Vertretungsmacht nach § 126 HGB für die Gesellschaft abschließt, sind ohne Zustimmung seines Ehegatten wirksam. Die Anwendung des § 1365 ist auf die Individualrechtssphäre des Unternehmers beschränkt.

Der Abschluß von Gesellschaftsverträgen steht dem im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebenden Unternehmer frei. Seine Fähigkeit, persönliche Verbindlichkeiten einzugehen, bleibt von § 1365 unberührt. Erforderlich wird die Zustimmung des Ehegatten nur, wenn der Eintritt in die OHG mit der Einbringung des gesamten Vermögens verbunden ist, weil dies eine völlige Umschaffung des Eigentums bedeutet.

Die gleiche strukturelle Veränderung des gesamten Vermögens tritt als Folge einer Kündigung ein, unabhängig davon, ob sie zur Auflösung der Gesellschaft oder zum Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters führt. Bei der Kündigung mögen zwar auch persönliche Überlegungen eine Rolle spielen, das ändert aber nichts an der Tatsache, daß eine unmittelbare Einwirkung auf die Vermögenssubstanz einsetzt und damit die Voraussetzungen des § 1365 erfüllt sind.

Änderungen des Gesellschaftsvertrages können regelmäßig zustimmungsfrei vorgenommen werden. Das gilt für Klauseln, welche die personenrechtliche Seite der Mitgliedschaft, insbesondere Verwaltung und Vertretung, betreffen, aber auch für vermögensrechtliche Änderungen der Gewinn- und Verlustbeteiligung; denn § 1365 schützt die Substanz, nicht den Ertrag des Vermögens.

Ausscheidensvereinbarungen sind als vermögensneutrale Geschäfte auch ohne Zustimmung des Ehegatten wirksam. Ihre Bedeutung erschöpft sich darin, daß an Stelle der Auflösung der OHG das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters tritt.

Auch Abfindungsvereinbarungen können idR ohne Mitwirkung des Ehegatten des Gesellschafters getroffen werden. Der Verzicht auf einen Teil des Abfindungsguthabens entspricht wertungsmäßig dem Verzicht auf eine nach Aufspaltung des gesamten Abfindungsanspruchs entstandene selbständige Teilforderung. Soweit nicht das (nahezu) gesamte Abfindungsguthaben aufgegeben wird, kann die Abfindungsklausel wie ein Geschäft über Vermögensbruchteile behandelt werden.

Ist ein Unternehmer ohne die nach § 1365 erforderliche Zustimmung seines Ehegatten in eine OHG eingetreten oder aus einer solchen ausgeschieden, so ist der Eintritt oder das Ausscheiden unwirksam. Die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft können nicht angewandt werden. Abfindungsvereinbarungen, die nach § 1365 fehlerhaft zustande gekommen sind, erlangen durch Auszahlung des Abfindungsguthabens keine nachträgliche Wirksamkeit. Der unwirksam in die OHG eingetretene Unternehmer haftet für Gesellschaftsschulden nach § 128 HGB wie ein Scheingesellschafter. Im Falle des unwirksamen Ausscheidens aus einer OHG kann der Unternehmer die Wiedereinräumung seines früheren Kapitalanteils verlangen; uU steht allerdings bei Unzumutbarkeit der Wiederaufnahme den übrigen Gesellschaftern die Ausschließungsklage aus wichtigem Grund nach § 140 HGB offen.

Bei den Verwaltungsbeschränkungen der Gütergemeinschaft geht es nicht um die Problematik der Mitwirkung Dritter bei gesellschaftsinternen Vorgängen, sondern um die Verknüpfung des güterrechtlichen, mit den Verwaltungsbefugnissen zusammenhängenden Haftungsrechts mit der Regelung des § 128 HGB.

Auch ein nichtverwaltender Ehegatte kann aus Mitteln seines Sonderguts und seines Vorbehaltsguts eine OHG-Beteiligung erwerben und weiterführen. Die Beschränkung seiner Haftung auf die genannten Gütermassen steht dem nicht entgegen.

Die künftigen Ansprüche auf den Gewinn und das Auseinandersetzungsguthaben sind dem Gesamtgut zugeordnet und unterliegen der Zuständigkeit des Gesamtgutsverwalters. Mittelbare Einwirkungen auf diese Ansprüche durch Verfügung über die Beteiligung oder Änderung der Berechnungsgrundlagen des Gesellschaftsvertrages kann der nichtverwaltende Ehegatte aufgrund seiner Gesellschafterstellung auch ohne Mitwirkung des Verwalters vornehmen. Die OHG-Beteiligung fällt in das Gesamtgut, wenn die Gesellschafter ihre Übertragung zulassen. Neuer Gesellschafter wird in diesem Falle die Gütergemeinschaft. Ihre Haftung entspricht der Haftung der an einer OHG beteiligten Kommanditgesellschaft. Dem Umstand, daß der Erwerb der Beteiligung ohne Mitwirkung des Verwalters eintritt und mit der Haftung für die Schulden der Gesellschaft verbunden ist, ist durch analoge Anwendung des § 139 HGB Rechnung zu tragen. Soweit das Gesamtgut vor Vereinbarung der Übertragungsklausel für Verbindlichkeiten aus der Gesellschaftsbeteiligung nicht haftete, kann der Verwalter das Verbleiben der Gütergemeinschaft in der OHG davon abhängig machen, daß ihr die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird.

Lebenslauf

Am 30. April 1943 wurde ich als Sohn des Amtsgerichtsrats Dr. Paul Heveling und seiner Ehefrau Maria geb. Hisgen in Mönchengladbach geboren; ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach der Volksschule besuchte ich das Stiftische Humanistische Gymnasium in Mönchengladbach und bestand im Februar 1962 die Reifeprüfung.

Im Sommersemester 1962 begann ich mit dem Studium an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Ich studierte zunächst ein Semester Philosophie, danach Rechtswissenschaft. Im Wintersemester 1963/64 war ich an der Universität Freiburg immatrikuliert. Im Sommersemester 1964 setzte ich das Studium an der Universität in Münster fort. Am 13. August 1966 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 2. November 1966 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen.

Der Stiftung Volkswagenwerk danke ich für die finanzielle Förderung dieser Arbeit.

